

Wyrok

z dnia 3 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 2 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2013 r. przez wykonawcę **MTMA Sp. z o.o., ul. Drzymały 9/4, 40-059 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Qumak S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) M..... P..... Fabryka Dekoracji, (3) Aduma S.A., z siedzibą dla pełnomocnika - al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MTMA Sp. z o.o., ul. Drzymały 9/4, 40-059 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MTMA Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

ZAMAWIAJĄCY - Gmina Świętochłowice, reprezentowana przez Prezydenta Miasta prowadzi postępowanie na Zaprojektowanie i wykonanie stałej ekspozycji Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach.

ODWOŁUJĄCY: MTMA sp. z o.o. w Katowicach wniósł odwołanie na:

1. czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego;
2. zaniechanie tj. nieodrzuconie oferty konsorcjum Qumak S.A., M..... P..... Fabryka Dekoracji, Aduma S.A. (dalej Konsorcjum), którego oferta nie odpowiadała treści SIWZ;
3. odmowę udostępnienia załącznika do protokołu postępowania w postaci opinii biegłego;
4. odmowę odtajnienia części oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1/ art. 24 ust. 2 pkt 4) pzp poprzez wykluczenie Odwołującego, w sytuacji gdy Odwołujący, wbrew twierdzeniom Zamawiającego wykazał spełnienie wymagań postępowania;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez nieodrzuconie oferty Konsorcjum;
3. art. 26 ust. 4 pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych dokumentów podmiotowych podmiotów trzecich; art. 7 ust. 1 pzp;
4. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 2, 3 pzp tj. naruszenie zasady jawności postępowania poprzez odmowę udostępnienia załącznika do protokołu postępowania w postaci opinii biegłego,
5. art. 8 ust. 3 pzp poprzez nieodtajnienie części oferty konsorcjum.

Wniósł o:

powtórzenia czynności oceny ofert; odrzucenie oferty Konsorcjum; wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty; ujawnienie opinii biegłych stanowiącej załącznik do protokołu postępowania.

Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego i o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że odwołujący został wykluczony ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie przedstawił dwóch referencji potwierdzających wymóg doświadczenia oraz dokumenty podmiotowe osób trzecich nie potwierdzały spełnienia warunków udziału na dzień składania ofert.

Odwołujący wskazuje, iż jego oferta spełniała wszelkie wymogi określone w SIWZ przez zamawiającego.

II. Odnosząc się już do poszczególnych zarzutów Zamawiającego odwołujący wskazał. Zamawiający dokonując analizy referencji przedłożonych przez Odwołującego, w wezwaniu z dnia 24.10.2013 r. wskazał, analizując poszczególne pozycje wykazu wykonanych prac, co w jego ocenie należy udowodnić w odniesieniu do poszczególnych usług wskazanych w wykazie, natomiast wykluczając Odwołującego wskazał, iż ten nie wykazał się wykonaniem co najmniej dwóch usług spełniających wymogi Zamawiającego, uzasadniając, że usługa wykonana w Bydgoszczy nie spełniła wymogów Zamawiającego.

Takie stanowisko jest dla odwołującego niezrozumiałe. W wezwaniu z dnia 24.10.2013 r. Zamawiający w odniesieniu do usługi wykonanej w Bydgoszczy wskazał, że: „z treści referencji wynika, że w ramach przedmiotowego zamówienia przygotowało projekt wykonawczy i wykonano wystawę stałą, a zamówienie obejmowało wykonanie i montaż zabudowy do wystawy, gablot, makiet, zakup i montaż sprzętu multimedialnego”.

Zamawiający, w przeciwieństwie do pozostałych usług, gdzie wprost wskazał, czego w jego ocenie brakuje (np. brak potwierdzenia wykonania scenariuszy) w tym przypadku nie określił takich braków, a zatem Odwołujący mógł przyjąć, iż przedstawiona usługa potwierdza wymóg wiedzy i doświadczenia.

Wykluczając Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu wskazał również, że Odwołujący nie wykazał się odpowiednim doświadczeniem, ponieważ dokumenty podmiotowe osób trzecich nie potwierdzały spełnienie wymogu doświadczenia na dzień składania ofert.

W uzasadnieniu Zamawiający nie wskazał, które dokumenty w jego ocenie są wadliwe, a zatem Odwołujący może się jedynie domyślać, że miał na myśli dokument w postaci zaświadczenia z KRK W..... K..... Stanowisko Zamawiającego i w tym zakresie jest błędne. W załączniku nr 9 do oferty Odwołujący wskazał, iż podstawą dysponowania W..... K..... jest „pracownik własny (umowa o dzieło)”, a zatem Odwołujący chciał korzystać z tej osoby w sposób bezpośredni, a nie jako z podmiotu funkcjonującego na rynku. W takiej sytuacji Zamawiający, jeżeli powziął wątpliwość wynikającą z innych załączników do oferty jaki stosunek prawny będzie wiązał Odwołującego ze wskazaną osobą, powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień, a nie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, gdyż w świetle oświadczenia Odwołującego, że W..... K..... będzie wykonywał czynności jako pracownik, czy osoba świadcząca usługi na podstawie umowy o dzieło nie jest przesądzone, że osoba ta działa jako przedsiębiorca. Samo bycie architektem i prowadzenie pracowni, również nie przesądza o tym, że usługi swoje W..... K..... będzie świadczył jako przedsiębiorca. Nie jest istotne, jaką działalność teraz prowadzi W..... K....., a w jakiej formie i na jakiej podstawie będzie

świadczył usługi dla Odwołującego w trakcie realizacji zamówienia, a niewątpliwie Odwołujący oświadczył, że będzie to umowa o pracę/umowa o dzieło z osobą fizyczną. Takie stanowisko Odwołującego potwierdza wyrok (KIO/565/11), zgodnie z którym firma, dla której osoba fizyczna będzie pracować jako kierownik robót, nie musi przedstawiać zaświadczeń, że ta osoba nie podlega wykluczeniu.

III. Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum oraz odmowy odtajnienia części oferty konsorcjum i udostępnienia załącznika do protokołu wskazał, co następuje:

Zamawiający w dniu 15.11.2013r. (pismem datowanym na 14.11.2013r.) w odpowiedzi na pismo odwołującego się z dnia 8.11.2013 r. w sprawie odtajniania niejawniej Oferty wspólnej przez Konsorcjum odmówił udostępnienia części oferty zastrzeżonej przez Konsorcjum oraz załącznika do protokołu w postaci opinii biegłych. Decyzja Zamawiającego jest nieuzasadniona w zakresie części dokumentów, które z racji swojego przedmiotu nie powinny zawierać informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Odnośnie dokumentów zastrzeżonych bezpośrednio przez konsorcjum dotyczy to:

1. projektu wykonawczy ekspozycji zlokalizowanej na piętrze Sala II Powstanie,
2. scenariusza filmu fabularnego emitowanego w Sali projekcyjnej na parterze,
3. projektu aplikacji interaktywnej „Życie powstańca”.

Zastrzeżenie należy uznać za niedopuszczalne z dwóch powodów. Dokumenty te nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa oraz stanowią one przedmiot oferty, którego wartość merytoryczna i artystyczna podlega ocenie. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się niepodane do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.).

Zgodnie z warunkami (SIWZ) w ramach zaprojektowania i wykonania treści ekspozycji Wykonawca jest zobowiązany przygotować scenariusze i projekty i na ich podstawie zrealizować filmy, prezentacje multimedialne, plansze i animacje. Wymagania dotyczące treści, jakości, objętości i techniki ujęte są w opracowaniu “Projekt ekspozycji Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach” przygotowanym przez Adventure Multimedialne Muzea. Dalej SIWZ zawiera dalej idące ograniczenia co do technicznych wymogów. Przykładowo w przypadku filmu fabularnego wskazano w SIWZ Film fabularny wyświetlany w pomieszczeniu "0/04 kino " zostanie zrealizowany w oparciu o wytyczne ujęte na str. 7 “Projekcja na parterze”, str. 49 “Film fabularny” i emitowany będzie za pomocą sprzętu zaznaczonego na str. 57 i wyszczególnionego na str. 62, o parametrach nie gorszych niż wskazane w opracowaniu. Stroje, charakterystyka, rekwizyty i kwestie aktorów, a także

miejsca akcji i scenografia muszą być zgodne z historycznymi wzorcami z okresu Powstań Śląskich.

Wymóg SIWZ nakazujący opracować wskazane powyżej dokumenty według ściśle określonych kryteriów uniemożliwia zawarcie w nim rozwiązań technicznych lub technologicznych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Z natury takich rozwiązań nie zawiera scenariusz filmu. Scenariusz nie może zawierać także tajemnic o charakterze gospodarczym, gdyż jego ściśle powiązanie z opracowaniem "Projekt ekspozycji Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach" przygotowanym przez Adventure Multimedialne Muzea, uniemożliwia wykorzystanie w jakimkolwiek inny sposób niż w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w piśmie z 15.11.2013 r. wskazał ponadto, że w postępowaniu powołani zostali biegli do zaopiniowania przedstawionych przez wykonawców dokumentów w postaci scenariusza fabularnego emitowanego w sali projekcyjnej na parterze, projektu aplikacji interaktywnej „Życie powstańca” oraz projektu wykonawczego ekspozycji zlokalizowanej w Sali II Powstanie.

Zamawiający odmówił we wskazanym piśmie ujawnienia opinii, gdyż w jego ocenie zawarte w opiniach informacje (np. całe cytaty ze scenariusza filmu) dotyczą dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a poprzez ich udostępnienie doszłoby w sposób pośredni do ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Stosownie do treści art. 96 ust. 3 i 4 pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny.

Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o których mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu (art. 96 ust. 2 ustawy). Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty są jawne od chwili ich otwarcia z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł że nie mogą być one ogólnie udostępnione. Z treści cytowanych przepisów *expressis verbis* wynika, iż protokół jak i wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące załącznik do protokołu są jawne i powinny być udostępnione do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego oraz faktycznego.

Nie sposób przyjąć, aby nawet kilka cytatów ze scenariusza mógł stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Cytat nie stanowi niewątpliwie tajemnicy o charakterze technicznym, technologicznym czy gospodarczym. Tym bardziej, nie może stanowić takiej tajemnicy, jeżeli

sam scenariusz, tak jak wyżej wspomniano, musiał być sporządzony według ścisłych kryteriów zawartych w opracowaniu "Projekt ekspozycji Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach" przygotowanym przez Adventure Multimedialne Muzea.

Opinia biegłego w zakresie scenariuszu filmu powinna obejmować kwestie podlegające ocenie zgodnie z SIWZ. Biegły w zakresie scenariusza filmu fabularnego oceniał zatem zgodnie z SIWZ wartość artystyczną, poziom merytoryczny i poznawczy, czytelność, przejrzystość i spójność przekazu scenariusza. Nie sposób przyjąć aby opinia biegłego mogła obejmować zatem tajemnice o charakterze technicznym, technologicznym lub gospodarczym, gdyż kwestie takie nie wchodziły w zakres przedmiotowy opinii.

Zaniechanie udostępnienia opinii biegłych w zasadzie uniemożliwia Odwołującemu ustosunkowanie się do prawidłowości oceny ofert, a należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu rozstrzygnięcie jedynie w 40 % uzależnione od kryterium ceny, a w pozostałym zakresie od oceny przedstawionych scenariuszy.

W ocenie Odwołującego rzeczywistym powodem odmowy udostępnienia opinii biegłych sporządzonych w niniejszym postępowaniu może być okoliczność, iż potwierdzają one niezgodność ocenianych dokumentów sporządzonych przez Konsorcjum. Wątpliwości odwołującego wynikają w szczególności z ustnych komentarzy pracowników zamawiającego wyrażonych w trakcie przeglądania ofert, usiłujących ukryć fakt sporządzenia opinii co wskazuje, na to iż obawiali się, że Odwołujący mógłby kwestionować na podstawie przedstawionych opinii zgodność oferty Konsorcjum w warunkami przetargu określonymi w SIWZ.

Z uwagi na powyższe odwołujący jest przekonany, że opinie biegłych potwierdzają niezgodność oferty konsorcjum z SIWZ, a zatem oferta ta powinna zostać odrzucona.

Wskazane powyżej dokumenty, podlegające ocenie przez biegłych powinny być zgodne ze szczegółowym liczącym blisko 90 stron opracowaniem "Projekt ekspozycji Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach" przygotowanym przez Adventure Multimedialne Muzea. Istnieje zatem spore ryzyko, że scenariusz filmu i inne oceniane elementy są niezgodne ze wskazanym projektem. Należy wskazać, że Zamawiający w przedmiotowym zakresie ogłosił już drugi przetarg, gdyż w pierwszym uznał, że żadna z ofert nie jest zgodna z SIWZ z uwagi na odstępstwa od Projektu ekspozycji Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach.

W toku rozprawy odwołujący przypomniał, że przedmiot zamówienia został objęty postępowaniem przetargowym po raz drugi. W poprzednim postępowaniu spełniał postawione warunki podmiotowe i w takim samym zakresie udowadniał spełnianie warunków w obecnym postępowaniu. Stwierdził, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów było nieprecyzyjne, co można wnioskować z uzasadnienia wykluczenia wykonawcy.

Podkreślił obowiązywanie zasady jawności postępowania, protokołu i jego załączników, w tym opinii biegłego. Złożył do akt pismo otrzymane od jednego z biegłych na okoliczność niespełnienia warunków przetargu, kopię zawiadomienia o odrzuceniu oferty w poprzednim postępowaniu i treść zapytania, na które odpowiedź (pismo) została złożona przed przerwą.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że odwołujący się wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 1.2.1 SIWZ, gdzie wymagano wykazania co najmniej 2 usług określonego rodzaju i wartości. W tym zakresie Zamawiający uznał za spełniającą wymóg jedną usługę, natomiast druga, dotycząca muzeum w Bydgoszczy, postawionego warunku nie spełniała. Mając na uwadze, że wykonawca podlegał wykluczeniu, Zamawiający nie badał oferty co zgodności jej treści z treścią SIWZ.

Stwierdził, że w świetle SIWZ i treści pisma z 24 października 2013 r. nie zaistniały przesłanki do żądania od wykonawcy składania kolejnych wyjaśnień.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, iż niesporna jest okoliczność, iż kluczową usługą, mającą potwierdzić spełnianie przez Odwołującego warunków udziału, jest usługa wykonana na rzecz muzeum okręgowego w Bydgoszczy. Stwierdził, że Odwołujący nie udowodnił podnoszonych zarzutów. Zarzuty te ocenił jako ogólnikowe i niespójne.

Zauważył, że w toku postępowania Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania go przez Zamawiającego do potwierdzenia spełnienia warunków podmiotowych.

Stwierdził, że nie ma podstaw domniemywać poprawności dokumentów podmiotowych złożonych przez odwołującego w poprzednim postępowaniu, gdyż postępowanie to zostało unieważnione z powodu złożenia ofert sprzecznych z SIWZ. Wskazał przy tym, że zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. 1 in fine, nie wzywa się wykonawców do uzupełniania dokumentów i oświadczeń, jeżeli oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Stwierdził, iż zastrzeżenie tajemnicy opinii biegłego jest uzasadnione w odniesieniu do informacji wynikających z ofert obydwu wykonawców, którzy zastrzegali tajemnice, a część treści zastrzeżonej została zawarta w opinii biegłego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert wykonawców oraz czynności zamawiającego i odwołującego w toku badania i oceny ofert oraz biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Jak wynika z treści decyzji zamawiającego (pismo z dnia 7 listopada 2013 r.) odwołujący został wykluczony ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie przedstawił dwóch referencji potwierdzających wymóg doświadczenia oraz dokumenty podmiotowe osób trzecich nie potwierdzały spełnienia warunków udziału na dzień składania ofert. Decyzja zamawiającego została podjęta po analizie dokumentów złożonych przez wykonawcę w ofercie oraz w wyniku wezwania z dnia 24.10.2013 r. Ponadto zamawiający działając na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) zwrócił się do wystawcy referencji (Muzeum w Bydgoszczy) o wskazanie zakresu wykonanego zamówienia. Z otrzymanych informacji wynikało, że w ramach zamówienia nie opracowano scenariusza wystawy i projektów, nie wyprodukowano filmów i prezentacji multimedialnych.

Na tej podstawie zamawiający zasadnie uznał fakt nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu rozdziale 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach, wobec przeprowadzenia procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 oraz przeprowadzeniu przez zamawiającego własnych jednoznacznych ustaleń brak jest podstaw twierdzenia o wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, że w treści wezwania zamawiający wskazał, jaki był zakres usługi opisany w złożonych referencjach i jest on wyraźnie zawężony w stosunku do jednoznacznego wymogu siwz. W ocenie Izby odwołujący nie miał podstaw do domniemania poprawności przedmiotowej usługi z uwagi na jej wskazanie w ofercie w poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia, które to postępowanie zostało unieważnione wobec odrzucenia złożonych w nim ofert (okoliczność przyznana przez obie strony). Z tego ustalenia wynika, że zamawiający nie dokonywał w poprzednim postępowaniu oceny spełnienia warunków podmiotowych także przez obecnego odwołującego. Przesądzające jednak jest stwierdzenie, że w niniejszym postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, a na obecnym etapie, w postępowaniu odwoławczym zostało wykazane, że przedmiotowy warunek udziału pomimo przeprowadzenia procedury uzupełniania dokumentów, nie został potwierdzony.

Dokonane ustalenie prowadzi do wniosku, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w sytuacji zastosowania tego przepisu wobec odwołującego.

Odnosnie dokumentów dotyczących podmiotów, których zasoby przewidziano do udostępnienia i wykorzystania w toku realizacji zamówienia publicznego należy stwierdzić, że istotnie zbędne jest żądanie przedkładania dokumentów podmiotowych dotyczących osób fizycznych, które wykonawca zamierza wykorzystać w sposób bezpośredni jako pracownik lub na podstawie umowy cywilnoprawnej, a wyjaśnienia na tę okoliczność nie były prowadzone. Zważywszy jednak, że czynność wykluczenia wykonawcy została uznana za uzasadnioną, ewentualne nakazanie zamawiającemu zastosowania w tym zakresie art. 26 ust. 4 ustawy pzp jako nie mające wpływu na wynik postępowania, byłoby z uwagi na art. 192 ust. 2 bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum oraz odmowy odtajnienia części oferty wybranego wykonawcy i udostępnienia załącznika do protokołu, skład orzekający stwierdza, co następuje.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą, która może ulegać ograniczeniu na podstawie art. 8 ustawy pzp. Z możliwości zastrzeżenia niektórych informacji w ofertach obydwaj konkurujący wykonawcy skorzystali na tych samych zasadach i odniesieniu do takich samych informacji. Dokonane zastrzeżenia nie były przez uczestników kwestionowane. Jak wykazało postępowanie dowodowe, zamawiający w toku badania i oceny ofert skorzystał z opinii biegłego (doradcy), który dokonywał oceny wartości merytorycznej ofert z wykorzystaniem i cytowaniem informacji zastrzeżonych przez obydwu wykonawców. Izba bierze przy tym pod uwagę, że ocena doradcy miała dla zamawiającego charakter pomocniczy i nie przesądzała o decyzji kierownika zamawiającego. Mając na uwadze treść oferty konsorcjum, także, a raczej przede wszystkim z uwzględnieniem jej części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba nie stwierdziła, by treść tej oferty była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym zarzut odwołującego wskazującego na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie wskazanego przepisu jest niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego.

W konsekwencji, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....