

Sygn. akt: KIO 1514/16

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2016 r. przez **Aycomm Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Siltec Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Unitronex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Aycomm Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę Radarów Rozpoznania Pola Walki.

W dniu 12 sierpnia 2016 r. wykonawca Aycomm Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siltec Sp. z o.o. i Unitronex Poland sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Siltec). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 i pkt 2, art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych *ustaw* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Siltec nie przedstawiło dokumentu potwierdzającego brak przesłanek do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla członka Konsorcjum Unitronex sp. z o.o. Powinno to skutkować wykluczeniem przez Zamawiającego tego wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Na skierowane przez Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum przedstawiło wyłącznie wyciąg z rejestru Wydziału Informacji Kryminalnych (CJIZ) FBI z 29 stycznia 2016 r., które jest niewystarczające do wykazania braku przesłanek do wykluczenia z postępowania. Przedstawiony wyciąg został wystawiony 29 stycznia 2016 r., a zatem po terminie składania ofert, który upłynął 21 października 2015 r. Wykonawca nie spełnił więc wymogu wynikającego z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowy wyciąg został złożony z naruszeniem § 3 ust. 3 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. z 2013 r. poz. 231 z późn. zm.), który zezwala na składanie dokumentów dotyczących niekaralności członków zarządów polskich osób

prawnych wystawionych wyłącznie przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że skoro wykonawca był w stanie przedstawić na wezwanie Zamawiającego zaświadczenie o niekaralności wystawione przez Federalne Biuro Śledcze, tym bardziej powinien dołożyć należytej staranności na wcześniejszym etapie postępowania i uzyskać takie zaświadczenie jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Mógłby wtedy uniknąć wątpliwości co do prawidłowości zaświadczenia wystawionego po upływie terminu składania ofert, w szczególności co do możliwości zatarcia skazania itp.

Zdaniem Odwołującego, wyciąg z kartoteki FBI przedstawiony potwierdza jedynie stan faktyczny z dnia jego wystawienia. Nie można wykluczyć, że w okresie od upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. od 21 października 2015 r. do dnia wystawienia tego wyciągu, mogło dojść do wykreśleń z rejestru, zatarcia skazania lub nastąpiła inna okoliczność, skutkująca wykreśleniem danych o ewentualnym skazaniu z rejestru, na podstawie którego zaświadczenie zostało wydane. Odwołujący podkreśla, że skoro w stosunku do zaświadczeń o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego przyjmuje się wysoce formalistyczny wymóg w zakresie aktualności i daty wystawienia zaświadczenia, nieuzasadnione byłoby stosowanie mniej rygorystycznych wymogów w stosunku do analogicznych zaświadczeń o niekaralności wydanych przez organy sądowe lub administracyjne poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Przyjęcie, że w stosunku do zaświadczeń z jakiegokolwiek rejestru spoza Rzeczypospolitej Polskiej można odstąpić od wymogów w zakresie aktualności lub daty jego wystawienia lub uznanie *a priori*, że instytucja zatarcia skazania (lub instytucja prawna wywołująca podobne skutki) funkcjonuje wyłącznie w polskim porządku prawnym stanowiłoby nierówne traktowanie uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co z kolei oznaczałoby naruszenie jednej z podstawowych zasad rządzących prawem zamówień publicznych. Zatarcie skazania jest częścią zachodniej kultury prawnej i funkcjonuje w większości porządków prawnych państw rozwiniętych. W takim przypadku uczestnicy postępowania, co do których istnieje czynnik zagraniczny, byłiby uprzywilejowani w stosunku do pozostałych uczestników postępowania.

Antycypując ewentualne twierdzenia Konsorcjum, że przedstawione zaświadczenie mogło stwierdzać stan prawny i faktyczny sprzed dnia, w którym nastąpił upływ terminu składania ofert, należy Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej uzupełniany dokument może być wystawiony po upływie terminu składania ofert, byleby z jego treści wynikało, że wykonawca spełniał postawiony warunek nie później niż w dniu składania ofert. Dokument taki będzie mógł zostać zaakceptowany przez

zamawiającego jedynie wówczas, gdy w jego treści *expressis verbis* zostanie wyrażone, że w konkretnym dniu wykonawca spełniał wymagane warunki.

Odwołujący wskazał, że zarówno z wezwań do złożenia wyjaśnień i pytań zadawanych przez Zamawiającego oraz z udzielanych przez Konsorcjum Siltec odpowiedzi wynika, że strony przywiązywały dużą wagę do kwestii zatarcia skazania. Konsorcjum powoływało się na brak instytucji zatarcia skazania w Stanach Zjednoczonych. Wywodziło z tego faktu tezę o aktualności przedłożonego zaświadczenia na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z tym w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 15 lipca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o wykazanie, że w Stanach Zjednoczonych (a w szczególności w stanie Illinois) nie istnieje instytucja zatarcia skazania. W odpowiedzi Konsorcjum przedłożyło wyjaśnienia ze strony internetowej Urzędu Stanowego obrońcy apelacyjnego, z którego, w ocenie Konsorcjum, miał wynikać brak możliwości uzyskania zatarcia skazania, w tym w szczególności w zakresie przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. W rzeczywistości jest jednak odwrotnie, gdyż z przedłożonych przez Konsorcjum Siltec wyjaśnień wynika szeroka możliwość zatarcia skazania w zakresie przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Ponadto z wyjaśnień tych wynika, że w stanie Illinois istnieją różne możliwości usunięcia danych z rejestru takie jak *wymazanie* przestępstwa, zamknięcie kartoteki przestępstwa lub gubernatorskie prawo łaski.

Zdaniem Odwołującego, z przedłożonych przez Konsorcjum Siltec wyjaśnień wynika, że w stanie Illinois istnieje możliwość całkowitego wymazania skazania np. w zakresie rozmaitych rodzajów kradzieży, które co do zasady jako przestępstwa popełniane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej zostały wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Ponadto prawo stanu Illinois dopuszcza możliwość zamknięcia kartotek większości przestępstw (co oznacza, że większość instytucji publicznych nie ma dostępu do tych danych), z wyjątkiem jedynie najcięższych przestępstw wymienionych w końcowej części Załącznika D do złożonego przez Konsorcjum dokumentu. Należy podkreślić, że amerykańska instytucja „zamknięcia kartoteki” jest bardziej zbliżona do polskiej instytucji „zatarcia skazania”, niż instytucja „wymazania” skazania. W konsekwencji w stanie Illinois możliwe jest zatarcie skazania (lub działanie podobne do zatarcia skazania) wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Co więcej, z przedstawionego dokumentu wynika, że w stanie Illinois większość kartotek karnych podlega zamknięciu po trzech latach, co jest okresem krótszym od podstawowego terminu zatarcia skazania obowiązującego w Polsce wynoszącego 5 lat. Skoro zatem przepisy obowiązujące w USA są podobne lub bardziej liberalne od polskich w zakresie zatarcia skazania, to tym bardziej należy stosować do zaświadczeń o niekaralności wydawanych

w USA takie same zasady jak są stosowane w odniesieniu do polskich zaświadczeń z KRK. W przeciwnym razie doszłoby do naruszenia zasady równości stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w trakcie postępowania Konsorcjum Siltec przedłożyło trzy wersje tłumaczeń wyciągu z rejestru Wydziału Informacji Kryminalnych (CJIZ) FBI z 29 stycznia 2016 r., dotyczącego członka zarządu spółki Unitronex Poland sp. z o. o., tj.: 1) tłumaczenie złożone z pismem z 23 lutego 2016 r. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, 2) tłumaczenie złożone z pismem z 27 kwietnia 2016 r., 3) tłumaczenie złożone z pismem z 21 lipca 2016 r. Ww. teksty mają różne brzmienia, a składając wyjaśnienia Konsorcjum usiłowało zinterpretować tłumaczenia w sposób pozwalający na stwierdzenie, że zostało ono wystawione na inną datę niż zostało faktycznie wystawione. W rzeczywistości jednak wyciąg z rejestru karnego jest ze swojej natury wystawiony na dzień, w którym został wystawiony, dotyczy wyszukiwania w rejestrze dokonanego 29 stycznia 2016 r., tym bardziej że w treści zaświadczenia wyraźnie napisano, że: Wynik powyższej odpowiedzi jest wiążący na dzień zakończenia weryfikacji złożonych odcisków. Podobnie wyraźne zaznaczenie, że wyciąg dotyczy wyłącznie aresztowań, przy równoczesnej informacji zawartej w „The Office of the State Appellate Defender”, że stan Illinois dysponuje także kartotekami policyjnymi i lokalnymi, wskazuje, że Konsorcjum złożyło niewłaściwy wyciąg.

Odwołujący wskazał, że wadliwość przedmiotowego zaświadczenia była przyczyną wcześniejszego wykluczenia Konsorcjum Siltec z przedmiotowego postępowania. Mimo że od wykluczenia Konsorcjum Siltec w dniu 16 maja 2016 r. nie zaszły żadne nowe okoliczności faktyczne i prawne, Zamawiający, dokonując ponownej oceny warunków udziału, zakwalifikował tego wykonawcę do dalszych etapów postępowania.

Odwołujący wskazał ponadto, że dotychczas prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowania odwoławcze nie doprowadziły do merytorycznego rozpoznania kwestii prawidłowości zaświadczenia o niekaralności wydanego przez Federalne Biuro Śledcze USA 29 stycznia 2016 r. Zaświadczenie nie było przedmiotem kontroli w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt 887/16 (postępowanie odwoławcze wszczęte w wyniku odwołania wniesionego przez Konsorcjum Siltec w dniu 25 maja 2016 r.), albowiem postanowieniem z 8 czerwca 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w powyższej sprawie. Podobnie kwestia podniesiona w niniejszym odwołaniu nie była przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt 1124/16, w której Izba oddaliła odwołanie wniesione przez Konsorcjum Siltec. Domagano się w nim uznania, że wyrok KIO o sygn. 887/16 przesądził o zakwalifikowaniu Konsorcjum Siltec do postępowania. W związku

z powyższym przedmiotowy zarzut zawarty w niniejszym odwołaniu powinien być przedmiotem merytorycznego rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej, a zaskarżone niniejszym odwołaniem czynności nie były zrealizowane w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Odwołującego, z uwagi na powyższe Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Siltec z udziału w postępowaniu ze względu na nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia z postępowania. Tymczasem Zamawiający zakwalifikował ww. wykonawcę do dalszego etapu postępowania z naruszeniem prawa, uwzględnił go w rankingu sporządzanym w celu wyłonienia wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych i w konsekwencji z naruszeniem prawa nie zakwalifikował Odwołującego do grupy wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych.

Odwołujący podniósł ponadto, że Konsorcjum Siltec podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający jednoznacznie podał, że jeżeli Konsorcjum, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. W szczególności musi przedstawić w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia z określeniem zakresu dostępnych zasobów, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy zasobów powinno mieć charakter oświadczenia woli, z którego powinno w klarowny sposób wynikać, że dany podmiot udostępni w wyraźnie oznaczonych okolicznościach określone precyzyjnie zasoby niezbędne do wykonania danego zamówienia. Z dokumentu (dowodu na istnienie zobowiązania) musi wynikać jedynie materialnoprawne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia precyzyjnie oznaczonych zasobów w określonym czasie lub na potrzeby określonego zamówienia, a istotą powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest udowodnienie, że wykonawca będzie realnie dysponował określonym zasobem.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Siltec nie dochowało wymogów postawionych przez Zamawiającego, a mimo to Zamawiający nie wykluczył go z udziału w postępowaniu. Konsorcjum zamierza polegać na wiedzy i doświadczeniu amerykańskiej spółki DRS Sustainment Systems Inc. (DRS SSI) i dołączyło do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument wraz z tłumaczeniem obejmujący zobowiązanie ww. podmiotu oraz jej spółki zależnej UNITRONEX Poland sp. z o.o. w procesie kwalifikacji poprzez udostępnienie niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia zapewniając w razie potrzeby wsparcie handlowe i techniczne w złożeniu oferty na dostawę Radarów Rozpoznania Pola Walki w odpowiedzi na potencjalne zapytanie ofertowe MON-IU, w dostarczeniu sprzętu oraz wsparcia technicznego wraz z niezbędnymi zasobami wiedzy i doświadczenia przez cały okres trwania zamówienia, poprzez udostępnienie UNITRONEX niezbędnych i odpowiednich zasobów spółki w celu umożliwienia UNITRONEX wywiązania się ze swoich zobowiązań umownych w stosunku do MON. Zgodnie z zobowiązaniem niezbędne zasoby wiedzy i doświadczenia zostaną udostępnione przez DRS SSI dla UNITRONEX poprzez dostarczenie wsparcia oraz konsultacji ekspertów technicznych DRS SSI w ramach ograniczeń nałożonych przez rząd USA.

Odwołujący podniósł, że sformułowania zawarte w zobowiązaniu DRS SSI pozostają na wysokim poziomie ogólności oraz nie są w żaden sposób wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu. Zobowiązanie nie precyzuje, o jakie konkretnie udostępniane zasoby spółki chodzi. Samo określenie zasobów jako *niezbędnych* i *odpowiednich* jest nieprecyzyjne i nie wpisuje się wymogi określone przez ustawę Pzp, zwłaszcza biorąc pod uwagę obronność i bezpieczeństwo. Nie kwalifikuje się zatem jako skuteczne udowodnienie, że zobowiązanie DRS SSI niosło w swej treści takie informacje, że będzie można uznać za udowodnione uzyskanie przez nie zadeklarowanych zasobów. Ponadto Konsorcjum nie wyjaśniło dostatecznie, jaki jest charakter stosunku łączący je z innym podmiotem jakim jest DRS SSI, a stanowi to wymóg ustawowy.

W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego – Konsorcjum nie dochowało wymogu określonego w sekcji III.2.3 pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu, przez co nie spełniło warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności zakwalifikowania Konsorcjum firm Siltec sp. z o. o. i Unitronex Poland sp. z o. o. do dalszego udziału w postępowaniu (ewentualnie unieważnienia całej informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu), powtórzenia czynności oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez ww. Konsorcjum (ewentualnie dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), wykluczenia ww. Konsorcjum z postępowania oraz sporządzenia rankingu opracowywanego

na potrzeby wyłonienia wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych bez udziału ww. Konsorcjum i uwzględnienie w grupie wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na niezłożenie właściwego dokumentu potwierdzającego brak przesłanek do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla członka Konsorcjum Unitronex Sp. z o.o. Izba ustaliła bowiem, że w zakresie tego zarzutu zaistniały okoliczności uzasadniającego odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zgodnie natomiast z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo zgodnie z żądaniami odwołania, które Zamawiający uwzględnił.

Przedmiotowy zarzut dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem odwołania wniesionego dnia 25 maja 2016 r. przez obecnego Przystępującego, które to odwołanie Zamawiający w całości uwzględnił, a wykonawca Aycomm nie przystąpił do postępowania odwoławczego wywołanego tym odwołaniem. Odwołanie to zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Konsorcjum Siltec z postępowania ze względu na złożenie wadliwego zaświadczenia o niekaralności (które to zaświadczenie próbował kwestionować wykonawca Aycomm w niniejszym postępowaniu odwoławczym). Konsorcjum Siltec wniosło wówczas o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, 3) dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w szczególności wniosku Odwołującego,

4) wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp odnośnie dokumentu wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z 29.01.2016r. lub uwzględnienie wyjaśnień i tłumaczenia przysięgłego złożonych Zamawiającego w dniu 27.04.2016r., 5) zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu przedmiotowego postępowania. Zamawiający uwzględnił przedmiotowe odwołanie, w wyniku czego Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (postanowienie z 8 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 887/16). Następnie Zamawiający dokonał czynności wyjaśniających (w dniu 24 czerwca 2016 r. Konsorcjum Siltec wniosło wobec tych czynności odwołanie, które zostało przez Izbę oddalone wyrokiem z dnia 7 lipca 2016 r. sygn. akt 1124/16 z uwagi na brak legitymacji do wniesienia odwołania), w wyniku których zakwalifikował Konsorcjum Siltec do dalszego etapu postępowania. Wykonawca Aycomm nie przystąpił do wskazanych wyżej postępowań odwoławczych, w tym – co istotne z punktu widzenia przesłanki, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – do postępowania o sygn. akt KIO 887/16.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że podniesiony przez wykonawcę Aycomm zarzut dotyczy czynności wykonanej zgodnie z żądaniem odwołania, które zostało przez Zamawiającego uwzględnione, z czym ustawa wiąże skutek w postaci konieczności odrzucenia odwołania. Jest to uzasadnione względami ekonomiki postępowania odwoławczego oraz koniecznością uniknięcia kolejnego postępowania odwoławczego dotyczącego tych samych okoliczności. Jednocześnie regulacja ta nie pozbawia wykonawców ochrony prawnej. Wykonawca Aycomm miał możliwość przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 887/16 (czego zaniechał) i w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego – zgłoszenia sprzeciwu wobec tego uwzględnienia, co skutkowałoby skierowaniem odwołania do rozpoznania na rozprawie (art. 186 ust. 4 ustawy Pzp). Twierdzenie Odwołującego o braku interesu w przystąpieniu do wcześniej prowadzonego postępowania jest pozbawione jakichkolwiek podstaw, wniosek Odwołującego został bowiem sklasyfikowany na piątym (ostatnim) miejscu w rankingu, zatem Odwołujący był oczywiście zainteresowany utrzymaniem czynności wykluczenia Konsorcjum Siltec w mocy. Niezrozumiałe jest również twierdzenie Odwołującego, że wykonawca nie ma obowiązku przewidywania hipotetycznego przebiegu postępowania. Oczywiście jest, że skoro ustawa daje wykonawcy narzędzia służące ochronie ich interesów w postępowaniu (możliwość przystąpienia do postępowania odwoławczego i zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania), a jednocześnie zakazuje ponownego rozstrzygnięcia o takich samych okolicznościach (nie tylko po merytorycznym orzeczeniu Izby, ale również po umorzeniu postępowania w wyniku uwzględnienia odwołania

przez Zamawiającego), to wykonawca nie może pozostawać bierny, a następnie domagać się rozpoznania zarzutów, co do których nie podjął wcześniej żadnej aktywności.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że przedmiotowy zarzut powinien być przez Izbę rozpoznany, gdyż dotyczy nowych czynności Zamawiającego, polegających na ocenie wyjaśnień dotyczących kwestionowanego zaświadczenia o niekaralności. Odnosząc się do powyższego po pierwsze wskazać należy, że podniesiony zarzut w istocie dotyczy dokumentu, którego ocena była przedmiotem odwołania złożonego 25 maja 2016 r. przez Konsorcjum Siltec (wyciąg z rejestru Wydziału Informacji Kryminalnych (CJIZ) FBI z 29 stycznia 2016 r.), a wnioski wynikające z wyjaśnień treści tego dokumentu stanowią jedynie uzupełnienie argumentacji odwołania. Treść powyższego dokumentu nie uległa zmianie, a wyjaśnienia zmierzały jedynie do rozwiania wątpliwości Zamawiającego. Skoro zdaniem Odwołującego jest to dokument wadliwy, a nie uległ on w toku postępowania zmianie, to przeświadczenie Odwołującego o jego wadliwości powinno powstać już po złożeniu tego dokumentu, nie zaś dopiero po złożeniu wyjaśnień dotyczących jego treści. Ponadto zarówno wezwanie Konsorcjum Siltec do wyjaśnień, jak i zakwalifikowanie go do dalszego etapu postępowania, były czynnościami zgodnymi z żądaniami przedstawionymi w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu tego wykonawcy. Czynności te doszły do skutku wobec całkowitej bierności obecnego Odwołującego, który mimo otrzymania wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym do tego postępowania nie przystąpił. Zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp nie może on obecnie korzystać ze środków ochrony prawnej w zakresie, w jakim czynności zostały wykonane zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania w całości, wbrew twierdzeniom zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego, brak jest bowiem podstaw do stwierdzenia, że drugi z zarzutów (dotyczący skuteczności powołania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego) został podniesiony po upływie terminu na wniesienie odwołania. Faktem jest, że kwestionowane zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało uznane przez Zamawiającego za prawidłowe już przy pierwszej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy jednak stwierdzić, że Odwołujący nie mógł wcześniej skutecznie wnieść odwołania na czynność oceny tego zobowiązania. Zauważyć bowiem należy, że Konsorcjum Siltec w wyniku pierwszej oceny wniosków zostało z postępowania wykluczone, zatem Odwołujący musiałby wówczas podnieść zarzut dotyczący wykonawcy wykluczonego, czym narażałby się na oddalenie odwołania z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia (brak przesłanki szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), ewentualnie – z uwagi na brak wpływu podnoszonego naruszenia przepisów na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Dopiero w wyniku

ponownej oceny wniosku Przystępującego, po unieważnieniu czynności wykluczenia Odwołujący uzyskał możliwość skutecznego wniesienia odwołania w tym zakresie. W związku z powyższym Izba stwierdziła brak podstaw do stwierdzenia, że przedmiotowy zarzut został podniesiony po upływie terminu na wniesienie odwołania i rozpoznała merytorycznie ten zarzut, stwierdzając, że jest on niezasadny.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Izba ustaliła, że Przystępujący załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz wykonanych dostaw, w którym wskazał 12 dostaw, w odniesieniu do których podał, że stanowią one doświadczenie oddane do dyspozycji wykonawcy przez inny podmiot. Jednocześnie Przystępujący złożył zobowiązanie spółki DRS SSI do oddania mu do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. Według treści zobowiązania (tłumaczenie z języka angielskiego) dotyczy ono *wsparcia (...) w procesie kwalifikacji poprzez udostępnienie niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia zapewniając w razie potrzeby wsparcie handlowe i techniczne*

- *w złożeniu oferty na dostawę Radarów rozpoznania Pola Walki w odpowiedzi na potencjalne zapytanie ofertowe Ministerstwa Obrony Narodowej Polski (MON) – Inspektorat Uzbrojenia,*
- *w dostarczeniu sprzętu oraz wsparcia technicznego wraz z niezbędnymi zasobami wiedzy i doświadczenia, przez cały okres trwania zamówienia, poprzez udostępnienie Unitronex niezbędnych i odpowiednich zasobów Spółki w celu umożliwienia Unitronex wywiązania się ze swoich zobowiązań umownych w stosunku do MON.*

Odwołujący podniósł, że zobowiązanie nie precyzuje, o jakie konkretnie udostępniane zasoby spółki chodzi, a Konsorcjum nie wyjaśniło dostatecznie, jaki jest charakter stosunku łączący je z innym podmiotem jakim jest DRS SSI, a stanowi to wymóg ustawowy.

Oceniając zobowiązanie w granicach okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że twierdzenia Odwołującego nie mają oparcia w treści złożonego przez Przystępującego zobowiązania.

Po pierwsze wskazać należy, że rodzaj udostępnianych zasobów został wskazany w treści zobowiązania (wiedza i doświadczenie), a ich zakres wynika ze złożonego wykazu

dostaw. Skoro Przystępujący powołał się na dostawy zrealizowane przez inny podmiot i składa zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia mu wiedzy i doświadczenia, to oczywistym jest, że zobowiązanie dotyczy wiedzy i doświadczenia nabytych przy realizacji dostaw wskazanych w złożonym wykazie. Zobowiązanie precyzuje również, że zasoby udostępnione zostały do dyspozycji wykonawcy na *cały okres trwania zamówienia oraz w celu umożliwienia Unitronex wywiązania się ze swoich zobowiązań umownych w stosunku do MON*. Nie zasługuje na uwzględnienie teza Odwołującego, że dotyczące udostępnianych zasobów określenia *niezbędne i odpowiednie* nie są precyzyjne. Należy bowiem zwrócić uwagę, że to Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu, jaką wiedzę i jakie doświadczenie wykonawcy uzna za niezbędne i odpowiednie. Skoro podmiot trzeci udostępnia wiedzę i doświadczenie nabyte przy realizacji dostaw odpowiadających opisanym przez Zamawiającego wymogom, to należy uznać, że są to zasoby, które Zamawiający uznał za niezbędne i odpowiednie.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że wadliwość zobowiązania wynika m.in. z niewyjaśnienia, jaki jest charakter stosunku łączący je z innym podmiotem udostępniającym zasoby, stwierdzić należy, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zezwala na różnicowanie możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zależności od charakteru stosunku łączącego podmioty – przepis ten stanowi, że możliwość polegania na zasobach innego podmiotu jest niezależna od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W związku z powyższym niedookreślenie tego stosunku samo w sobie nie może świadczyć o wadliwości zobowiązania, jeżeli złożone zobowiązanie udowadnia, że zasoby będą rzeczywiście oddane do dyspozycji wykonawcy. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał braku mocy dowodowej tego zobowiązania.

Jeżeli chodzi o sposób udostępnienia Przystępującemu wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, to należy wskazać, że Odwołujący nie kwestionował samej formy tego udostępnienia. Z treści zobowiązania wynika (mimo braku takiego sformułowania wprost), że podmiot trzeci przekaze Przystępującemu swoje know-how, a Odwołujący nie podnosił, że jest to niewystarczające do realnego skorzystania z potencjału tego podmiotu. Odnosząc się jednak do tej kwestii wskazać należy, że w przypadku zamówienia polegającego na dostawach trudno kwestionować, że przekazanie wiedzy i doświadczenia może nastąpić poprzez wsparcie w drodze doradztwa, przekazania know-how itp. Niezasadna byłaby generalna teza, że taki rodzaj zamówienia ze swej natury wymaga jakiegoś szczególnego zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby w wykonanie zamówienia – w charakterze podwykonawcy. Odwołujący zresztą nie podnosił, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia w przypadku tego zamówienia wymaga powierzenia realizacji części

zamówienia podmiotowi udostępniającemu swój potencjał, a jedynie powoływał się na ogólny brak walorów dowodowych złożonego zobowiązania.

Należy również zwrócić uwagę na podniesiony w odpowiedzi na odwołanie, a niekwestionowany przez Odwołującego fakt, że podmiot udostępniający zasoby jest producentem sprzętu, który jest przedmiotem zamówienia, a członek Konsorcjum – Unitronex Polska Sp. z o.o. jest jedynym przedstawicielem w Polsce podmiotu udostępniającego zasoby. Taki charakter współpracy sprawia – w ocenie Izby – że zasoby będą mogły być realnie przekazane (w treści zobowiązania jest mowa o wsparciu handlowym i technicznym m.in. w dostarczeniu sprzętu). Mimo że informacja ta nie znalazła się w treści zobowiązania, to jednak Zamawiający mógł oceniać to zobowiązanie z uwzględnieniem swojej wiedzy wynikającej z prowadzenia działalności w branży, do której należy przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, w związku z czym odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: