

**WYROK**

**z dnia 14 lipca 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2014 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2014 roku przez **Odwołującego – SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Jednostkę Wojskową nr 4224 w Wałczu**

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: NEXRAD Telecom Sp. z o.o. (Lider) oraz POL-MOT Rail Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego - SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –**

**Konsorcjum: NEXRAD Telecom Sp. z o.o. (Lider) oraz POL-MOT Rail Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.**

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 Koszalinie.**

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

W dniu 27 czerwca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami, zwaną dalej „ustawą Pzp”) odwołanie złożył wykonawca SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Odwołującym”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Pogwarancyjne usługi serwisowe i przeglądy urządzeń „Systemu Trankingowego TETRA Dimetra IP Compact firmy Motorola” prowadzi Zamawiający: Jednostka Wojskowa Nr 4224 w Wałczu. Ogłoszenie o zamówieniu o numerze 2014/S 050-083734 opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2014 r.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w trakcie przedmiotowego postępowania podejmował czynności oraz dokonywał zaniechań czynności, do których był zobowiązany na mocy ustawy, w sposób opisany w odwołaniu, w wyniku czego naruszył przepisy ustawy Pzp, a w szczególności: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1, art. 46 ust. 4a, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz inne wskazane w odwołaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- 4) dokonania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Firm: NEXRAD Telecom Sp. z o.o. i POL-MOT Rail Sp. z o.o. oraz odrzucenia złożonej przez nie oferty;
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesiono, że w postępowaniu oferty złożyli dwaj Wykonawcy:

- 1) SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Konsorcjum Firm: NEXRAD Telecom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i POL-MOT Rail Sp. z o.o. z siedzibą w.

Pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. Odwołujący został powiadomiony przez Zamawiającego o wyborze w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum. W uzasadnieniu Zamawiający poinformował, iż w postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Po ich zbadaniu Zamawiający ustalił, iż tylko jeden wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zaś druga oferta została odrzucona. Oferta

Konsorcjum miała najniższą cenę i uzyskała 100 punktów w kryterium - 100% cena, w wyniku czego uznana została przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Kolejnym pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez SILTEC Sp. z o.o., ponieważ oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził:

*„Zamawiający w Rozdziale IX ust. 3 pkt 1, w związku z Rozdziałem VIII ust. V pkt 1 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, żądał aby Wykonawca przedłożył „kopię aktualnego dokumentu (np. certyfikatu, zaświadczenia) producenta sprzętu firmy Motorola poświadczającego posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact”.*

*Wykonawca przedłożył dokument zatytułowany „2014 MOTOROLA SOLUTIONS GERMANY GMBH” bez tłumaczenia na język polski.*

*Wykonawca przedłożył dokument potwierdzający, że Firma SILTEC Sp. z o.o. jest Partnerem Radiowym Motorola w zakresie Radiotelefonów nielicencjonowanych, małych systemów Dimetra IP, radiotelefonów licencjonowanych oraz systemów Moscad. Wśród wymienionego sprzętu nie było systemów Dimetra IP Compact.*

*Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 UPZP, czy wśród uprawnień Partnera Radiowego Motorola jest serwisowanie urządzeń Dimetra IP Compact oraz czy zaświadczenie dotyczy Dimetra IP Compact. Wyjaśniając, wykonawca pominął odpowiedź na pytanie o uprawnienie do serwisowania Partnera Radiowego, jednocześnie dołączając aneks z dnia 10 marca 2014 r. do umowy pośrednictwa sprzedaży zawartej pomiędzy Wykonawcą a Motorola w dniu 20 grudnia 2013 r., z którego wynika, iż umową pośrednictwa sprzedaży objęto „produkty i usługi” - Tetra Dimetra IP Compact.*

*Zamawiający uznał, że dokumenty potwierdzające, że pracownicy Wykonawcy przeszli szkolenie w zakresie wskazanym na dołączonych zaświadczeniach - potwierdzają ich umiejętności, a nie kompetencje Wykonawcy. To Wykonawca czyli SILTEC Spółka z o.o. winna legitymować się zaświadczeniem producenta o posiadaniu kwalifikacji do serwisowania, wobec czego dokumenty wystawione na osoby fizyczne nie spełniają wymagań Zamawiającego.*

*Podobnie jest w przypadku dokumentu nadesłanego przez Wykonawcę SILTEC Sp. z o.o. w wyniku wezwania do ich uzupełnienia. Zaświadczenie (2014) wystawione przez Motorolę potwierdza, że Wykonawca jest pośrednikiem w sprzedaży i to małych systemów Dimetra IP. Wykonawca nie dołączył do tego dokumentu żadnego innego, który poświadczalby spełnienie wymogów Zamawiającego. Dokument w postaci opisywanego wyżej aneksu, w którym rozszerzono umowę pośrednictwa w sprzedaży o produkt i usługi Dimetra*

*Compact, po pierwsze został dołączony za późno (Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów do dnia 23 maja 2014 r., podczas gdy aneks nadesłano 4 czerwca 2014 r.), po drugie nie potwierdza, że to rozszerzenie dotyczy usług związanych z serwisowaniem, a na koniec jeżeli nawet pod pojęciem „usługa” jest serwisowanie to jest ono objęte umową pośrednictwa w sprzedaży tych usług, a nie dotyczy wykonywania serwisu.*

*Zamawiający mając na uwadze, że tylko raz w trybie art. 26 ust. 3 UPZP można wzywać do uzupełnienia żądanych dokumentów w sytuacji gdy Wykonawca nie wykazał, że oferowane przez niego usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ - (potwierdzone przez producenta uprawnienie do serwisowania) miał obowiązek odrzucić ofertę z powodu, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 UPZP.”*

Zdaniem Odwołującego nastąpiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez SILTEC Sp. z o.o.

W punkcie V Rozdziału VIII SIWZ („Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz inne wymagania Zamawiającego”) Zamawiający zawarł wymóg: *„W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, Zamawiający żąda aby Wykonawca:*

- 1. posiadał ważny dokument wystawiony przez producenta sprzętu firmy Motorola poświadczającego posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact.*
- 2. udzielił gwarancji na wymienione podzespoły i wykonaną usługę nie krótszą niż 12 miesięcy. ”*

Dalej, w punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ („Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o obowiązku złożenia innych dokumentów i oświadczeń”) znajdował się zapis: *„W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, Wykonawca winien przedłożyć:*

- 1) kopię aktualnego dokumentu (np. certyfikatu, zaświadczenia) producenta sprzętu firmy Motorola poświadczającego posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact.*
- 2) oświadczenie, że udzieli gwarancji na wymienione podzespoły i wykonaną usługę na okres nie krótszy niż 12 miesięcy - załącznik nr 5 do niniejszej SIWZ.”*

Kwestią wymagającą wstępnego wyjaśnienia jest, czy dokument wymagany przez Zamawiającego w punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ stanowił w postępowaniu treść oferty - zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie

odpowiada treści SIWZ. W ustawie nie zawarto definicji legalnej pojęcia „treść oferty”, co skutkuje - stosownie do art. 14 Pzp - koniecznością odwołania się do przepisów Kodeksu cywilnego, w szczególności art. 66 § 1 Kc. Zgodnie z tym przepisem „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Zatem treścią oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne jest ta jej część (części), która zawiera „istotne postanowienia” przyszłej umowy. W związku z powyższym, aby mogło dojść do zawarcia umowy w drodze postępowania przetargowego, w rozumieniu ustawy Pzp, treść złożonej oferty musi zawierać essentialia negotii przyszłej umowy. Oferta, której treść nie zawiera istotnych postanowień przyszłej umowy, nie może stanowić przedmiotu oświadczenia woli zawarcia umowy, które złożone zostaje drugiej stronie. Złożona oferta musi zawierać oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie składającego to oświadczenie, do zawarcia umowy, na warunkach, które ustalone zostały w SIWZ przez Zamawiającego.

W przypadku dokumentu wskazanego w punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ - „dokumentu producenta sprzętu firmy Motorola poświadczającego posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact” należy w szczególności zauważyć, iż:

- 1) dokument ten nie jest oświadczeniem woli składanym przez Wykonawcę,
- 2) Zamawiający nie wymagał, aby przedłożeniu dokumentu towarzyszyło złożenie jakiegokolwiek oświadczenia woli przez Wykonawcę, w szczególności oświadczenia, którego treść mogłaby wskazywać na istotne znaczenie dokumentu dla treści oferty i przyszłej umowy, zwłaszcza w zakresie sposobu wykonania zamówienia,
- 3) formularz oferty nie wskazuje w jakiegokolwiek części ani nie odwołuje się do przedmiotowego dokumentu, jak również nie zawiera jakichkolwiek treści odnoszących się do wymaganych „kwalifikacji” i ich potwierdzania bądź wymagania na etapie realizacji umowy,
- 4) Formularz oferty nie wymagał oświadczenia o wykonywaniu umowy zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ,
- 5) Wzór Umowy nie odwołuje się w jakikolwiek sposób do przedmiotowego dokumentu i jakichkolwiek wymaganych „kwalifikacji”,
- 6) Wzór umowy nie przewiduje, iż oferta złożona w postępowaniu jest integralną częścią umowy,
- 7) Załącznik nr 8 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) - „Wymagania Taktyczno - Techniczne” nie porusza jakichkolwiek kwestii związanych z „kwalifikacjami”,
- 8) Zamawiający w SIWZ nie wymagał w jakikolwiek sposób, aby wykonywanie usług serwisowych składających się na przedmiot zamówienia było związane z posiadaniem „kwalifikacji”.

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego zarówno dokument wskazany w punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ, jak i posiadanie bliżej nie sprecyzowanych „kwalifikacji” nie mogą być uznane za elementy treści oferty w rozumieniu art. 66 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Nie stanowią one istotnych postanowień przyszłej umowy. Tym samym w przypadku stwierdzenia w złożonej ofercie uchybień w zakresie wskazanym w punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ Zamawiający nie może skutecznie zastosować się do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta, nawet zawierająca uchybienie względem wymagania określonego w punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ nie może zostać odrzucona co do zasady, gdyż przy uwzględnieniu okoliczności wskazanych powyżej w podpunktach 1) - 8) dokument, który winien być przedłożony nie stanowi treści oferty. 6. Dokument ten nie wiąże się również w jakimkolwiek stopniu z oceną spełnienia przez Wykonawcę warunków podmiotowych, a tym samym jego brak nie może stanowić podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, iż: z zapisów SIWZ nie wynika w najmniejszym stopniu, aby „dokument producenta sprzętu firmy Motorola poświadczający posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact” miał być dokumentem wystawionym imiennie na rzecz Wykonawcy. Co więcej, wykładnia językowa wskazanych powyżej zapisów przesądza wręcz o niedopuszczalności takiej ich interpretacji. Słownik Języka Polskiego wyjaśnia znaczenie słowa „kwalifikacje” jako „wyszałcenie i uzdolnienia potrzebne do pełnienia jakiejś funkcji lub wykonywania jakiegoś zawodu”. Podmiot będący osobą prawną co do zasady nie może zatem posiadać „kwalifikacji”, gdyż właściwość taka przynależy jedynie osobom fizycznym.

Dokument dotyczący kwalifikacji wymagany był „w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego”. Wymagania dotyczące usług będących przedmiotem zamówienia zostały określone w Załączniku nr 8 do SIWZ - „Wymagania taktyczno-techniczne” (określonym także jako załącznik Nr 1 do Umowy), a także w samej Umowie, której wzór stanowił Załącznik Nr 9 do SIWZ (w szczególności w § 3 - „Realizacja, termin i miejsce świadczenia usługi” oraz w § 11 - „Ochrona informacji niejawnych”). Najistotniejsze spośród wymagań Zamawiającego w kontekście posiadania stosownych kwalifikacji dotyczą:

- 1) zakresu usług - „Przedmiotem umowy są pogwarancyjne usługi serwisowe urządzeń systemu Dimetra IP Compact firmy Motorola: sterowniki główne systemu Dimetra IP Compact stacje bazowe MTS-4, radiotelefony przenośne MTH800 i MTP850, radiotelefony samochodowe MTM800, radiotelefony stacjonarne MTM800, konsola administratora systemu NMT, konsola dyspozytorska systemu, konsola lokalizacji radiotelefonów, generator kluczy szyfrujących PRC i urządzenie KVL” (punkt 1 „Wymagań”);

2) określenia rodzaju usług serwisowych - „Serwisowanie polegać będzie na usuwaniu powstałych w trakcie eksploatacji awarii i usterek powodujących wadliwą pracę urządzeń.” (pkt VX 2 „Wymagań”),

3) terminów wykonania („W przypadku stwierdzenia awarii sterownika głównego systemu lub stacji bazowej MTS-4/MTS-2 Wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia procedury naprawczej w ciągu 24 godzin od zgłoszenia awarii. W ciągu kolejnych 24 godzin od momentu wykonania diagnostyki uszkodzenia Wykonawca zobowiązany jest do wystawienia protokołu defektacji wraz z kosztorysem naprawy. Naprawa urządzenia musi zostać wykonana w ciągu maksymalnie 3 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego zlecenia na naprawę (...)”- punkt 14 Wymagań;

„W przypadku naprawy radiotelefonów, konsol, generatora PRC i urządzenia KVL3000+czas realizacji usługi nie może przekroczyć 7 dni roboczych od momentu wystawienia zlecenia na wykonanie usługi. punkt 16 „Wymagań”).

4) przestrzegania warunków technicznych producenta („Naprawione elementy, zespoły i podzespoły muszą być sprawne technicznie posiadać parametry techniczne zgodne z dokumentacją producenta, zapewniające poprawną pracę urządzenia zasadniczego” - Punkt 6 „Wymagań”; „Regulację parametrów urządzeń należy wykonać zgodnie z warunkami technicznymi określonymi przez producenta”- Punkt 9 „Wymagań”).

5) miejsca wykonywania usługi (zgodnie z punktem 2 „Wymagań”: „Naprawy awaryjne i serwisowe wykonywane będą: a) dla sterowników głównych systemu, elementów składowych konsol zarządzania NMT i stacji bazowych MTS-4 i MTS-2 - w miejscu dyslokacji sprzętu w jednostkach wojskowych Sił Zbrojnych na terenie RP; b) dla radiotelefonów, konsol dyspozytorskich, konsol lokalizacji radiotelefonów, generatora PRC i urządzenia KVL3000+ dopuszcza się realizację napraw w siedzibie Wykonawcy umowy”),

6) sporządzania „protokołu defektacji”, w którym winna być zamieszczona szczegółowa Specyfikacja Uszkodzeń, określająca m.in. uszkodzony „podzespół, moduł, blok”, „wyszczególnienie stwierdzonych uszkodzeń” oraz „sposób naprawy” (wzór „Protokołu defektacji” stanowi załącznik nr 2 do Umowy); Protokół ten, jak wynika z treści Umowy winien być sporządzony niezwłocznie po zgłoszeniu awarii, gdyż winien być przedstawiony Zamawiającemu wraz z kosztorysem naprawy przed zleceniem wykonania usługi.

Analiza określonych przez Zamawiającego Wymagań wskazuje, iż z punktu widzenia zamawiającego oraz zakładanego celu świadczenia usług obejmującej serwis oraz usuwanie awarii i usterek najistotniejszym elementem składowym w procesie serwisowania/naprawy jest fachowość pracowników bezpośrednio wykonujących usługę, tj. osób podejmujących czynności serwisowe oraz dokonujących napraw. Jest oczywiste, iż to od nich wymagana będzie doskonała znajomość urządzeń, bezbłędne poruszanie się w środowisku

oprogramowania tych urządzeń, umiejętność szybkiego i trafnego ustalania przyczyn niesprawności sprzętu bądź wadliwego działania oprogramowania, podejmowanie właściwych decyzji co do sposobu dokonania naprawy, przestrzeganie wymagań technicznych przewidzianych przez producenta dla danego urządzenia itp. Wymagane przez Zamawiającego terminy wykonywania usług, przy uwzględnieniu iż zasadą jest dokonywanie napraw w miejscu dyslokacji uszkodzonego sprzętu przesądzają o tym, iż ciężar podejmowanych decyzji dotyczących ustalenia przyczyn awarii i sposobu naprawy oraz odpowiedzialność za dotrzymanie wymaganych terminów usunięcia usterki spoczywać będzie na osobie skierowanej przez Wykonawcę do miejsca dyslokacji urządzenia. W tym kontekście decydujące znaczenie dla Zamawiającego mają fachowość i kwalifikacje osoby mającej bezpośredni kontakt z uszkodzonym urządzeniem, zaś celem zawartego w SIWZ zapisu było zagwarantowanie, iż sprzęt będzie serwisowany i naprawiany w sposób fachowy. Tym samym zatem także w drodze wykładni celowościowej należy uznać, iż pod pojęciem „dokumentu wystawionego przez producenta sprzętu poświadczającego posiadanie kwalifikacji (...)” należy rozumieć dokument potwierdzający, iż wykonywanie usługi zgodnie z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami będzie realizowane przez osoby posiadające niezbędne kwalifikacje.

Podkreślono, iż przedmiotem zamówienia są POGWARANCYJNE usługi serwisowe i przeglądy urządzeń Systemu Trankingowego TETRA Dimetra IP Compact firmy Motorola”. O ile w przypadku napraw i serwisu urządzeń objętych gwarancją zrozumiąły byłby wymóg, aby usługi te świadczone były przez podmioty posiadające autoryzację producenta (kwestie związane z utratą uprawnień gwarancyjnych w przypadku powierzenia sprzętu serwisowi nie posiadającemu autoryzacji), o tyle bezzasadne i zbędne byłoby wymaganie posiadania takiej autoryzacji dla serwisu i napraw pogwarancyjnych. W przeciwieństwie do usług gwarancyjnych nie ma znaczenia z punktu widzenia przepisów prawa i ewentualnych następstw kto usługę pogwarancyjną wykonuje. Przyjęcie, iż intencją Zamawiającego było w przedmiotowym postępowaniu ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców usług pogwarancyjnych jedynie do podmiotów legitymujących się autoryzacją producenta oznaczałoby, iż w stopniu rażącym została naruszona konkurencyjność postępowania, poprzez ograniczanie dostępu do zamówienia wszystkim podmiotom, które nie mają stosownego dokumentu wystawionego przez producenta. Działanie takie byłoby niedopuszczalne oraz sprzeczne z zasadami konkurencji i wolnego rynku, a także stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZp, gdyż świadczyłoby o przygotowaniu (opracowanie SIWZ i określenie wymaganych warunków) oraz prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Interpretowanie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert

opracowanych przez niego zapisów SIWZ w omawianym zakresie jako wymogu przedłożenia przez podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia imiennego dokumentu (certyfikatu, autoryzacji itp.) wystawionego przez producenta potwierdzającego „kwalifikacje podmiotu” jest naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku usług serwisowych POGWARANCYJNYCH zbędna jest jakkolwiek autoryzacja bądź certyfikacja tych usług przez producenta. Dokument taki nie jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania.

Niejako na marginesie zauważono, iż Zamawiający jest w pełni zabezpieczony na wypadek wadliwego wykonania usługi, gdyż istotnym elementem wymaganym od wykonawców było udzielenie co najmniej 12-miesięcznej gwarancji na wymienione podzespoły i wykonaną usługę. Umowa przewiduje również kary umowne.

W świetle powyższego stwierdzono, iż dokumenty złożone wraz z ofertą przez Odwołującego spełniały wymagania określone w SIWZ. Firma SILTEC Sp. z o.o. odczytała wskazane powyżej zapisy SIWZ w sposób właściwy, z uwzględnieniem celu jaki im przyświecał oraz obowiązujących zasad wynikających z art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w złożonej ofercie wskazał osoby, które będą uczestniczyły w wykonywaniu napraw oraz będą miały dostęp do informacji niejawnych (Załącznik Nr 7 do SIWZ). Jednocześnie Odwołujący w ofercie na stronach 71-87 dołączył dokumenty odpowiadające wymaganiom określonym w Punkcie V Rozdziału VIII SIWZ oraz w Punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ. Dokumenty te dotyczyły osób wskazanych jako osoby, które będą uczestniczyły w wykonywaniu napraw. Treść złożonej przez SILTEC oferty zgodna była z treścią SIWZ, a tym samym nie było możliwe jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Co do naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 46 ust. 4a oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania Konsorcjum Firm: NEXRAD Telecom Sp. z o.o. - POL-MOT Rail Sp. z o.o. oraz nie odrzucenia złożonej przez niego oferty, podniesiono, że w złożonym formularzu ofertowym Konsorcjum nie wskazało podwykonawcy, stwierdzając (punkt 4 oświadczenia znajdującego się w końcowej części formularza) iż „Zamówienie zrealizujemy sami” (tj. bez udziału podwykonawców). Jednocześnie w załączniku nr 2 do oferty (Oświadczenie) Wykonawca oświadczył, iż w zakresie spełnienia warunków art. 22 ust. 1 polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego -firmy WaveNet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Do oferty na str.58 dołączono dokument „Zobowiązanie do udostępnienia potencjału oraz współpracy w realizacji zamówienia” podpisany przez Firmę WaveNet Sp. z o.o.

Z dokumentu tego wynika, iż

- 1) przedmiotem jego jest zobowiązanie do (...) współpracy w realizacji zamówienia;

2) (...) na cały okres realizacji zamówienia zobowiązujemy się do udostępnienia Konsorcjum (...) swoich zasobów posiadanej wiedzy i doświadczenia;

3) w przypadku uzyskania przez Konsorcjum przedmiotowego zamówienia WaveNet Sp. z o.o. będzie uczestniczyć w jego realizacji zadania, to jest podejmie merytoryczną i fachową współpracę z Konsorcjum oraz dozór nad pracami serwisowymi i przeglądami, mając na celu przekazanie wszelkiej niezbędnej wiedzy technicznej i doświadczenia wykonawczego w stopniu zapewniającym należyte wykonanie i realizację w/w. zadania.

Do oferty na str.18 dołączono załącznik nr 6 - „Wykaz wykonanych usług”, w którym wskazano wykonanie przez Firmę WaveNet Sp. z o.o. zamówienia „prace utrzymaniowo-serwisowe” na rzecz GNS Sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, o wartości powyżej 1 000 000 PLN, - usługa ciągła od 2 stycznia 2009 r. Na potwierdzenie na str. 19 dołączono do oferty Referencje, wystawione przez 3GNS Sp. z o.o. Sp. k. w dniu 1 lipca 2011 r., w których stwierdzono, iż Firma WaveNet Sp. z o.o. „z powodzeniem realizuje prace (...) w zakresie utrzymania i serwisowania stacji bazowych w ośmiu regionach Polski (...)” zaś „zakres prac obejmuje m.in. dokonywanie napraw i konserwacji masztów oraz instalacji antenowych, wykonywanie stosownych pomiarów tj: p. elektryczne, p. toru antenowego, p. pól elektromagnetycznych, usuwanie bieżących awarii na stacjach bazowych, wykonywanie przeglądów technicznych oraz odbiór nowo wybudowanych stacji. Powyższe prace realizowane są w sposób ciągły na podstawie umowy zawartej w 2009 r.”

Pismem z dnia 20 maja 2014 r. Zamawiający, wskazując jako podstawę działania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do Konsorcjum, wskazując, że: *„W Rozdziale IX ust. 1 lit c SIWZ w związku z Rozdziałem VIII ust. II pkt 2 SIWZ w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający żądał aby wykonawca dołączył do oferty wykaz potwierdzający, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu złożenia ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie - Wykonawca wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, których suma odpowiada wartości brutto 500 000, 00 zł oraz dowody potwierdzające, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

*Dowodami o których mowa wyżej może być poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej, niż na trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli z uzasadnionych przyczyn, o obiektywnym charakterze, Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej, Zamawiający uzna, że wystarczającym dowodem jest oświadczenie Wykonawcy”.*

*W złożonej ofercie w "Wykazie wykonanych usług" wpisaliście Państwo w pozycji 1 - "Prace utrzymaniowo-serwisowe" o wartości powyżej 1 000 000,00 zł. - wykonywanych jako usługa ciągła od 2 stycznia 2009 r., natomiast referencje wystawione są w dniu 1 lipca 2011 r. Zgodnie z zapisami SIWZ, "Wykaz wykonanych usług" powinien obejmować okres ostatnich 3 lat przed upływem terminu złożenia ofert tj. od dnia 30.04.2011 r. do dnia 30.04.2014 r. Referencje w odniesieniu do przedmiotowej umowy, która ma charakter ciągły powinny być wydane nie wcześniej, niż na trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym proszę o przeliczenie wartości usługi i wpisanie wartości wykonanej w okresie wskazanym powyżej. Wymagana wartość to minimum 500 000 zł., oraz załączenie dowodów potwierdzających (wydanych nie wcześniej, niż na trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert), że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na niniejsze wezwanie nie złoży dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw, Zamawiający zobowiązany będzie zatrzymać wadium wraz z odsetkami, chyba, że Wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie. "*

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Konsorcjum w wymaganym terminie tzn. do 23.05.2014 r. godz. 13.00 nie odniosło się do żądania Zamawiającego (przeliczenie wartości w „Wykazie wykonanych usług” oraz dowody potwierdzające czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie), natomiast przy piśmie z dnia 22 maja 2014 r. Konsorcjum przesłało nowy wykaz wykonanych usług wraz z oświadczeniem o udostępnieniu potencjału oraz referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie usług. Dokonano również zamiany podmiotu, z którego zasobów zamierza skorzystać Konsorcjum.

Istotne jest, iż Zamawiający, w piśmie z dnia 20 maja 2014 r., jasno sprecyzował zakres wezwania wystosowanego do Konsorcjum. W piśmie wezwano do:

- 1) wyjaśnienia kwestii wartości wykonanych usług poprzez dokonanie przeliczenia ich wartości, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ;
- 2) uzupełnienia dokumentu poprzez przedstawienie referencji wystawionych w dacie wymaganej w SIWZ.

Pismo, z uwagi na precyzyjnie sformułowaną treść, nie mogło być potraktowane jako „ogólne” wezwanie do uzupełnienia dokumentów „co do zasady”. Konsorcjum wezwanie to zignorowało i nie zastosowało się do niego. Nie wykonanie wezwania Zamawiającego winno skutkować zastosowaniem przez Zamawiającego sankcji przewidzianej w art. art. 46 ust. 4a ustawy, czego jednak Zamawiający zaniechał. Konsorcjum nie zastosowało się do wezwania Zamawiającego, lecz zamiast dokonania stosowych wyjaśnień i uzupełnienia w zakresie żądanym przez Zamawiającego przesłało do Zamawiającego nowe dokumenty. Dokonało

zatem samoistnego „uzupełnienia” (zamiany ?) złożonych dokumentów w zakresie przez Zamawiającego nie wymaganym i nie wskazywanym w wezwaniu z dnia 20 maja 2014 r.

W ocenie Odwołującego samoistne „uzupełnienie” (zamiana ?) przedmiotowych dokumentów jest niedopuszczalna. Ustawa przewiduje szczególną procedurę wyjaśniania i ewentualnego uzupełniania dokumentów. Tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 i 4, inicjowany wystosowaniem wezwania przez Zamawiającego jest jedynym trybem umożliwiającym uzupełnianie/wyjaśnianie treści złożonych dokumentów. Zamawiający jednakże, jak wynika z podejmowanych w postępowaniu czynności, uznał działanie takie za dopuszczalne. W ocenie Odwołującego Zamawiający w takiej sytuacji winien uznać „samoistne uzupełnienie dokumentów” za niedopuszczalne i nie powinien przesłanych dodatkowo dokumentów uwzględniać przy ocenie spełniania przez Wykonawcę wymaganych warunków.

Z przesłanych przez Konsorcjum przy piśmie z dnia 22 maja 2014 r. dokumentów wynika, iż nowym podmiotem udostępniającym wiedzę i doświadczenie oraz zobowiązującym się do współpracy w realizacji zamówienia jest LEWEL Radiokomunikacja Sc J&J D. , ul. Boryszewska 32, Płock. Firma ta złożyła oświadczenie, z treści którego jednoznacznie wynika iż poza udostępnieniem zasobów „celem ich przedłożenia Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie (...) zamówienia”, zobowiązuje się ona do:

- 1) udostępnienia potencjału oraz współpracy w realizacji zamówienia;
- 2) uczestniczenia w realizacji zamówienia, to jest podjęcia merytorycznej i fachowej współpracy z Konsorcjum oraz dozoru nad pracami serwisowymi i przeglądami, mającego na celu przekazanie wszelkiej niezbędnej wiedzy technicznej i doświadczenia wykonawczego w stopniu zapewniającym należyte wykonanie i realizację (...) zadania”.

W efekcie powyżej opisanych zdarzeń zaistniała sytuacja w której:

- 1) w formularzu złożonej oferty zawarte jest oświadczenie Konsorcjum, iż „Zamówienie zrealizujemy sami” - tj. bez udziału Podwykonawcy;
- 2) w ofercie znajduje się oświadczenie Konsorcjum, iż w zakresie spełnienia warunków art. 22 ust. 1 polega ono na wiedzy i doświadczeniu firmy WaveNet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 3) Konsorcjum przedstawia nowe zobowiązanie do udostępnienia potencjału oraz współpracy w realizacji zamówienia tym razem przez Firmę LEWEL Radiokomunikacja Sc J&J D. , Płock wraz z nowymi referencjami.

Odwołujący zauważył, iż w przypadku Konsorcjum mamy do czynienia z rozbieżnością pomiędzy zawartym w ofercie oświadczeniem Konsorcjum w którym informuje ono, iż w zakresie spełnienia warunków art. 22 ust. 1 polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego -firmy WaveNet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a dokumentami złożonymi na wezwanie zamawiającego przy piśmie z dnia 22 maja 2014 r.,

z których wynika, iż podmiotem udostępniającym swoje zasoby jest Firma LEWEL Radiokomunikacja Sc J&J D. z siedzibą w Płocku, nie wskazana przez Konsorcjum.

Zarówno „Wykaz wykonanych usług” złożony wraz z ofertą jak i „Wykaz” przesłany przy piśmie z dnia 22 maja 2014 r. nie wykazuje spełnienia przez Konsorcjum warunku wymaganego przez zamawiającego w Rozdziale IX punkt 1.c („w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu złożenia ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - Wykonawca wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, których suma odpowiada wartości brutto 500 000, 00 zł”). Zamawiający nie określił w SIWZ, co rozumieć pod pojęciem „usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia”. Wydaje się jednak oczywiste, iż przy ocenie czy usługi odpowiadają czy też nie odpowiadają swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia znaczenie decydujące miał zakres usług oraz określenie rodzaju usług serwisowych do wykonania w ramach Umowy.

Zgodnie z punktami 1 i 2 „Wymagań taktyczno-technicznych” (Załącznik nr 8 do SIWZ):

„Przedmiotem umowy są pogwarancyjne usługi serwisowe urządzeń systemu Dimetra IP Compact firmy Motorola: sterowniki główne systemu Dimetra IP Compact stacje bazowe MTS- radiotelefony przenośne MTH800 i MTP850, radiotelefony samochodowe MTM800, radiotelefony stacjonarne MTM800, konsola administratora systemu NMT, konsola dyspozytorska systemu, konsola lokalizacji radiotelefonów, generator kluczy szyfrujących PRC i urządzenie KVL. ” „Serwisowanie polegać będzie na usuwaniu powstałych w trakcie eksploatacji awarii i usterek powodujących wadliwą pracę urządzeń. ”

Można jednakże z całą pewnością stwierdzić, iż:

a) w przypadku wykazu złożonego wraz z ofertą:

- wskazane w wykazie zamówienie - „prace utrzymaniowo - serwisowe” wykonywane na rzecz GNS Sp. z o.o. sp. k. w Warszawie oraz przedstawione referencje firmy WaveNet Sp. z o.o. świadczą jedynie o posiadaniu doświadczenia w zakresie napraw i konserwacji stacji bazowych telefonii komórkowej; Uwzględniając, iż przedmiotem zamówienia są „pogwarancyjne usługi serwisowe i przeglądy urządzeń „Systemu Trankingowego TETRA Dimetra IP Compact firmy Motorola” należy stwierdzić, iż zamówienie wskazane w wykazie nie odpowiada co do zasady „swoim rodzajem” przedmiotowi zamówienia.

- Referencja nie potwierdza, że łączna wartość usług zrealizowanych wyniosła minimum 500.000,00 zł. brutto, co słusznie stanowiło podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do Konsorcjum z żądaniem przedłożenia stosownych wyjaśnień (pismo z dnia 20 maja 2014 r.).

b) w przypadku wykazu przesłanego przy piśmie z dnia 22 maja 2014 r.:

- w poz. 1 Wykazu jako przedmiot zamówienia wskazano „Naprawy aparatury pomiarowej do systemów łączności” (CPV 50410000-2 usługi w zakresie napraw i konserwacji aparatury pomiarowej, badawczej, kontrolnej), co w ocenie Odwołującego w żadnym wypadku nie spełnia wymogu „usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia - pogwarancyjne usługi serwisowe i przeglądy urządzeń radiokomunikacyjnych (urządzeń Systemu Trankingowego TETRA Dimetra IP Compact firmy Motorola)” a tym samym pozycja ta nie może być uznana za potwierdzającą spełnienie wymaganego warunku, zarówno co do przedmiotu jak i wartości;

- w poz. 6 Wykazu jako przedmiot zamówienia wskazano: „rozbudowa systemu cyfrowej łączności radiowej TETRA DIMETRA IP COMPACT w garnizonie Warszawa” (dostawa)”. W ocenie Odwołującego w żadnym wypadku zamówienie to nie spełnia wymogu „usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia- pogwarancyjne usługi serwisowe i przeglądy urządzeń radiokomunikacyjnych (urządzeń Systemu Trankingowego TETRA Dimetra IP Compact firmy Motorola) i również ta pozycja nie może być uwzględniona przy ocenie spełniania wymaganego warunku, zarówno co do przedmiotu jak i wartości.

W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu złożenia ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie -wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, których suma odpowiada wartości brutto 500 000 zł (wartość usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia wynosi według wykazu, przy uwzględnieniu wskazanych powyżej zastrzeżeń jedynie 379.699,25 zł. brutto).

Konsorcjum powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia („Zamówienie zrealizujemy sami” - tj. bez udziału Podwykonawcy), a tym samym podmiot ten nie może w sposób realny i rzeczywisty udostępnić zasobu w postaci doświadczenia. Zarówno Firma WaveNet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak i Firma LEWEL Radiokomunikacja Sc J&J D. z siedzibą w Płocku, nigdy nie zostały wskazane jako podwykonawcy, a Konsorcjum składając ofertę zobowiązało się do samodzielnego wykonania zamówienia, co na tym etapie nie może zostać zmienione, bowiem stanowiłoby istotną zmianę treści oferty, niedopuszczalną po złożeniu oferty.

W konsekwencji, zarówno Firma WaveNet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak i Firma LEWEL Radiokomunikacja Sc J&J D. z siedzibą w Płocku nie mogą brać udziału jako podwykonawcy w wykonaniu zamówienia. Powyższa kwestia jest istotna, bowiem w

ocenie Odwołującego przesądza o braku spełnienia przez Konsorcjum warunku w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał, na jednolitą w tym zakresie linię orzecniczą KIO oraz jednoznaczne przepisy Pzp, z których wynika, że wprawdzie wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, jednakże w takiej sytuacji jest on zobowiązany udowodnić, że będzie dysponował w sposób realny i rzeczywisty odpowiednimi zasobami. W tym zakresie na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, ale jednocześnie wraz z innymi wymaganymi przez Zamawiającego dokumentami. W świetle powyższego, odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b Pzp. W świetle postanowień art. 26 ust. 2b Pzp, nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia.

W zakresie dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane i bez jednoczesnego udziału tego przedsiębiorstwa w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Powyższa argumentacja znalazła potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 08.05.2013 r., sygn. akt: KIO 953/13; wyrok KIO z dnia 10.10.2012 r. sygn. akt: KIO 2081/12, KIO 2028/12; wyrok KIO z dnia 08.03.2011 r., sygn. akt: KIO 356/11; wyrok KIO z dnia 29.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1771/11; wyrok KIO z dnia 16.03.2011 r., sygn. akt: KIO 424/11; wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2846/13.

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że dysponowanie zasobem w postaci doświadczenia musi się wiązać z uczestnictwem w wykonaniu zamówienia, którego forma

jest w sposób bezpośredni i konkretny uwarunkowana przedmiotem i specyfiką zamówienia. W niniejszej sprawie przedmiot zamówienia wymaga szczególnego doświadczenia na każdym etapie jego wykonania, co w praktyce uniemożliwia jakąkolwiek formę udziału w wykonaniu poza wykonawstwem przedmiotu zamówienia (podwykonawstwem). Przedmiotem zamówienia są pogwarancyjne usługi serwisowe urządzeń systemu Dimetra IP Compact firmy Motorola: sterowniki główne systemu Dimetra IP Compact, stacje bazowe MTS-4, radiotelefony przenośne MTH800 i MTP850, radiotelefony samochodowe MTM800, radiotelefony stacjonarne MTM800, konsola administratora systemu NMT, konsola dyspozytorska systemu, konsola lokalizacji radiotelefonów, generator kluczy szyfrujących PRC i urządzenie KVL. Serwisowanie polegać będzie na usuwaniu powstałych w trakcie eksploatacji awarii i usterek powodujących wadliwą pracę urządzeń. Należy stwierdzić, iż w przypadku takiego przedmiotu zamówienia, o takim stopniu skomplikowania i zaawansowania technologicznego nie można wyobrazić sobie udostępnienia doświadczenia bez udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia na każdym z etapów wykonania. Przedmiot zamówienia wymaga zarówno wysokiej i specjalistycznej wiedzy jak i posiadania doświadczenia, a zatem umiejętności praktycznych i empirycznej w jego skonstruowaniu. Wskazać należy choćby na wymagania Zamawiającego, w których wskazuje on, iż np. „Naprawy awaryjne i serwisowe wykonywane będą dla sterowników głównych systemu, elementów składowych konsol zarządzania NMT i stacji bazowych MTS-4 i MTS-2 - w miejscu dyslokacji sprzętu w jednostkach wojskowych Sił Zbrojnych na terenie RP”. Konieczność wykonania usługi w miejscu dyslokacji sprzętu szczególnie wymaga dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem dokładnie w miejscu i czasie wykonywania tej usługi. Przyjęcie odmiennego założenia prowadziłoby do naruszenia podstawowej zasady prawa zamówień publicznych i udzielenia zamówienia podmiotowi niezdolnemu (niespełniającemu warunku udziału w postępowaniu) do realizacji przedmiotu zamówienia, co oznacza zaprzeczenie zasadzie równego traktowania wykonawców. Konsorcjum składając oświadczenie, iż zamówienie wykona samodzielnie, bez udziału podwykonawcy, uniemożliwiło sobie możliwość skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie jego wiedzy i doświadczenia na etapie realizacji zamówienia. Z chwilą złożenia przez Konsorcjum oświadczenia, iż w wykonaniu zamówienia nie będzie brał udziału podwykonawca, niemożliwym stało się wykazanie spełnienia ustawowego warunku wskazanego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymagającego udowodnienia przez Wykonawcę, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia przy wykonaniu zamówienia. Tym samym Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający - dokonując

prawidłowego badania ofert - winien wykluczyć Konsorcjum z postępowania jako Wykonawcę nie spełniającego warunków udziału, a jego ofertę uznać za odrzuconą.

W przypadku naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w ocenie Odwołującego sposób, w jaki Zamawiający dokonał badania ofert i podjęte w wyniku tego badania czynności - bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego przy równoczesnym nie wykluczeniu Konsorcjum i nie odrzuceniu złożonej przez nie oferty potwierdza, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w niniejszym odwołaniu i bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez SILTEC Sp. z o.o. oraz nie wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum pomimo nie spełnienia przez nie wymaganego warunku w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszą wskazano ofertę, która nie mogła zostać skutecznie wybrana, zaś przy dokonywaniu wyboru nie uwzględniono oferty bezpodstawnie odrzuconej. Faktyczne w postępowaniu dokonano wadliwego wyboru. Zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez SILTEC Sp. z o.o.

Po zapoznaniu się z treścią pisma z dnia 18 czerwca 2014 r., w którym Zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez SILTEC Sp. z o.o., gdyż oferta ta nie odpowiada treści SIWZ Odwołujący powziął wiedzę, iż Zamawiający wymagając przedłożenia dokumentu wskazanego w punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ („kopia aktualnego dokumentu (np. certyfikatu, zaświadczenia) producenta sprzętu firmy Motorola poświadczającego posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact” wymagał faktycznie przedłożenia dokumentu potwierdzającego nie „posiadanie kwalifikacji do serwisowania”, lecz potwierdzającego „posiadanie statusu autoryzowanego serwisu”. Sposób w jaki Zamawiający interpretuje zapis SIWZ opracowany przez niego samego jest sprzeczny zarówno z zasadami wykładni językowej jak i celowościowej. Zaprezentowane przez Zamawiającego rozumienie przedmiotowego zapisu oznacza, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żądał on od wykonawców dokumentu, który nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania, co stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, gdyż brak uzasadnienia dla żądania takiego dokumentu w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług serwisowych pogwarancyjnych (co omówiono już wcześniej w niniejszym odwołaniu). Uwzględniając zamiar towarzyszący Zamawiającemu przy redagowaniu treści SIWZ w części dotyczącej dokumentu potwierdzającego posiadanie „kwalifikacji” należy stwierdzić, iż zamiar ten świadczy zarazem o rażącym naruszeniu zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Żądanie przedstawienia dokumentu będącego autoryzacją producenta bądź jej odpowiednikiem - dokumentem wystawianym imiennie dla konkretnego podmiotu stanowi w niniejszym postępowaniu rażące naruszenie tej zasady.

Po zapoznaniu się z kompletem dokumentów dostarczonych Zamawiającemu przez wybrane Konsorcjum, Odwołujący stwierdził, iż w znajdujących się w aktach postępowania piśmie z dnia 26 marca 2014 r., sporządzonym przez MOTOROLA SOLUTIONS POLSKA Sp. z o.o. znajdują się między innymi stwierdzenia, iż *"(...) Firma Nexrad Telecom Sp. z o.o. jest jedynym oficjalnym partnerem Motoroli w Polsce, posiadającym status „Accredited Partner” - (Akredytowany Partner) w zakresie systemów TETRA DIMETRA IP Compact. Zakres tej akredytacji oznacza w nomenklaturze przyjętej w Firmie Motorola Solutions, iż Firma Nexrad Telecom Sp. z o.o. jest zdolna do samodzielnych wdrożeń, uruchomień, programowania oraz serwisu i wsparcia technicznego w/w systemów. (...) z uwagi na posiadane doświadczenie oraz najwyższe kwalifikacje techniczne wyłącznie Firma Nexrad Telecom Sp. z o.o. była i jest nadal jedynym naszym oficjalnym partnerem w Polsce, dedykowanym do współpracy z Ministerstwem Obrony Narodowej RP w zakresie produkowanych przez naszą firmę systemów w standardzie TETRA.*

*Żaden inny oficjalny partner Motorola Solutions Polska nigdy nie otrzymał takiego statusu. Motorola Solutions Polska nie przewiduje rozszerzenia tej wyłączności, dopóki Firma Nexrad Telecom Sp. z o.o. ma podpisany z nami ważny kontrakt dystrybucyjny. Obecny kontrakt ma charakter bezterminowy. (...)"*

Pismo to ma charakter pisma otwartego („Do wszystkich zainteresowanych stron”). W praktyce - przy założeniu, iż treść punktu 3 Rozdziału IX SIWZ winna być odczytana w sposób zaprezentowany przez Zamawiającego - oznacza to, iż jedynym Wykonawcą mogącym spełnić wymagania zawarte w punkcie 3 Rozdziału IX SIWZ jest Firma Nexrad Telecom Sp. z o.o., bądź Wykonawca składający wspólnie z nim ofertę. Taka sytuacja świadczyłaby o rażącym naruszeniu zasady konkurencyjności przygotowania (opracowanie zapisów SIWZ) i następnie prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. Odczytywanie punktu 3 Rozdziału IX SIWZ w sposób prezentowany przez Zamawiającego oznaczałoby utrudnienie, a praktycznie uniemożliwienie dostępu do zamówienia wszystkim podmiotom z wyłączeniem Firmy Nexrad Telecom Sp. z o.o.

Końcowo podniesiono, że firma Siltec Sp. z o.o. jest uprawniona do wniesienia odwołania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, oferta złożona przez Odwołującego została bezpodstawnie odrzucona. W przypadku unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Siltec Sp. z o.o. i dokonania ponownej oceny ofert, zgodnie z przyjętym kryterium

oceny (cena 100 %) oferta Odwołującego jako tańsza winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W przypadku unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Siltec Sp. z o.o. i dokonania ponownej oceny ofert, w wyniku której Konsorcjum Firm zostanie wykluczone z postępowania za najkorzystniejszą zostanie także uznana oferta złożona przez Odwołującego, jako jedyna nie podlegająca odrzuceniu. W wyniku naruszeń przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, w szczególności odrzucenia jego oferty i tym samym pozbawienia go możliwości pozyskania zamówienia Odwołujący poniósł szkodę, w szczególności w postaci utraty korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Informacje o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania zostały przesłane do Odwołującego w dniu 18 czerwca 2014 r. pocztą elektroniczną. Termin dla wniesienia odwołania przewidziany w art. 182 ustawy Pzp został tym samym dochowany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu faxem oraz pocztą elektroniczną w dniu 27 czerwca 2014 r. Wpis w wymaganej wysokości uiszczono na rachunek UZP.

Do postępowania odwoławczego, na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie Necrad Telecom Sp. z o.o. (Lider) oraz POL-MOT Rail Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie. Przystąpienie uznano za skuteczne.

W dniu 8 lipca 2014 roku Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni je w całości. Przystępujący, wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, oświadczył, iż z przysługującego mu uprawnienia skorzysta i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Odnośnie przesłanek wniesienia odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż Odwołujący przesłanki powyższe spełnia jedynie w zakresie zarzutów

odnoszących się do odrzucenia jego oferty z postępowania. Prawo do wniesienia środka ochrony prawnej (odwołania) przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, który złożył ofertę tańszą od oferty wybranej, w sytuacji gdy jedynym kryterium oceny ofert była cena 100%, spełnia wymóg posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący ma bowiem potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów dotyczących własnego odrzucenia, skutkujących ponownym badaniem i oceną ofert, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Dostrzec jednocześnie należy, iż Odwołujący, którego oferta jest ofertą tańszą od oferty wybranej, przy kryterium oceny ofert – cena 100%, nie wykazał przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w popieraniu zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia oferty Przystępującego. Interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego, a w konsekwencji nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej - nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach niniejszej sprawy, oferta Odwołującego jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia, który złożył ofertę najtańszą realizuje się wyłącznie poprzez udowodnienie zarzutów, które umożliwią przywrócenie mu statusu wykonawcy i przywrócenie jego oferty do postępowania. W tej sytuacji wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę droższą, nie rzutują na sytuację Odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody. Wykluczenie bądź zaniechanie wykluczenia Przystępującego, którego oferta jest droższa od oferty Odwołującego pozostaje dla jego bytu w postępowaniu indyferentne. W przypadku udowodnienia niezasadności własnego odrzucenia, okoliczność czy wykonawca droższy, pierwotnie wybrany przez zamawiającego, pozostanie w postępowaniu, nie wpływa na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Natomiast w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec Odwołującego, okoliczność czy dotychczasowy wykonawca wybrany – droższy - utrzyma swój status, również pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania danego zamówienia przez Odwołującego. Interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mowa w art. 179 ustawy Pzp, nie obejmuje czuwania nad prawidłowością przebiegu

postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status Odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia.

Ponadto Odwołujący w zakresie wskazywanego zaniechania wykluczenia Przystępującego nie wykazał także, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Szkada musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z zarzucanym przez wykonawcę uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Wykonawca winien zatem wykazać, iż Zamawiający dokonał bądź zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia. Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego wykazać może co najwyżej uszczerbek polegający na utracie możliwości uczestnictwa w hipotetycznym kolejnym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę należało stwierdzić, iż Odwołujący w zakresie zarzutów dotyczących Przystępującego nie wykazał żadnej z przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (podobnie KIO w wyroku z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1557/11). Powyższe skutkuje koniecznością oddalenia zarzutów bez merytorycznego ich rozpoznania. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”*.

Izba, rozpoznając odwołanie w pozostałym zakresie, uznała je w całości za niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu warunku opisanego w Rozdziale VIII ust. 5 pkt 1 SIWZ Izba ustaliła, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żądał, aby wykonawca posiadał ważny dokument wystawiony przez producenta sprzętu firmy Motorola poświadczający posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP

Compact. Na potwierdzenie spełniania wymagania, wykonawca (zgodnie z brzmieniem Rozdziału IX ust. 3 SIWZ) miał złożyć kopię aktualnego dokumentu (np. certyfikatu, zaświadczenia) producenta sprzętu firmy Motorola poświadczający posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact.

W dniu 20 maja 2014 roku Odwołujący został w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwany do uzupełnienia dokumentów przywołując treść Rozdziału IX ust. 3 pkt 1 SIWZ w związku z Rozdziałem VIII ust. 5 pkt 1 SIWZ, zaznaczył, że w ofercie złożony został certyfikat wystawiony przez firmę Motorola w języku obcym. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że dokument winien potwierdzać spełnianie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. 23 maja 2014 roku wykonawca przedłożył odpowiedź na powyższe wezwanie, w której wskazał, że jego zdaniem Zamawiający nie postawił żadnych szczegółowych wymagań co do formy i zawartości przedkładanych dokumentów. Wykonawca, spełniając żądanie Zamawiającego, złożył na stronach 72-87 oferty kopie ważnych, aktualnych dokumentów (certyfikatów, zaświadczeń) wystawionych przez producenta sprzętu firmy Motorola poświadczającego posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact przez pracowników wykonawcy. Nadto, na stronie 70 oferty wykonawca przedłożył dokument wystawiony i poświadczony przez producenta sprzętu Motorola z wynikiem ukończenia pozytywnego procesu autoryzacji w zakresie Radio Chanel Partner w zakresie dostarczanych przez Motorola produktów Dimetra IP. Wykonawca w zdecydowanej większości zamierza realizować zamówienie własnym potencjałem. Pracownicy wykonawcy, którzy posiadają kwalifikacje do serwisowania urządzeń, potwierdzone stosownymi certyfikatami stanowią potencjał wykonawcy, za pomocą którego wykona on zamówienie. Zaświadczenia pracowników potwierdzają, że wykonawca posiada odpowiednie kwalifikacje do wykonania zamówienia. Zdaniem wykonawcy złożone dokumenty w pełni wyczerpują wymóg określony przez Zamawiającego.

29 maja 2014 roku w trybie art. 26 ust. 4 ustawy wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie certyfikatu, z którego wynikało, że „Siltec Sp. z o.o. jest Partnerem Radiowym Motorola w zakresie produktów: radiotelefony nielicencjonowane, małe systemy Dimetria IP, radiotelefony licencjonowane oraz system Moscad na terenie Polski”. Zamawiający prosił o wyjaśnienie jakie uprawnienia ma Partner Radiowy Motorola i czy do nich należy umiejętność serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact. Odpowiedź należało poprzeć stosownymi dokumentami pochodzącymi od wystawcy dokumentu (producenta sprzętu). Zamawiający zaznaczył, że załączony certyfikat nie dotyczy urządzeń

Dimetra IP Compact, a małego systemu Dimetra IP i poprosił o wyjaśnienie rozbieżności oraz wyjaśnienie, czy wystawcą dokumentu jest producent sprzętu i z czego to wynika.

4 czerwca Siltec wyjaśnił, iż w dniu 20 grudnia 2013 roku zawarł generalną umowę o współpracy z firmą Motorola uzyskując status Partnera Radiowego. Umowa przewiduje możliwość jej rozszerzenia o kolejne grupy produktów i usług przez podpisanie aneksów. Taki aneks dotyczący systemów TETRA został podpisany w dniu 10 marca 2014 roku. Aneks włącza w zakres umowy systemy TETRA-Dimetra IP Compact – produkty i usługi (aneks załączono do wyjaśnień). Wyjaśniono również, że załączony do uzupełnienia certyfikat jest dokumentem wystawianym corocznie przez Motorola z ważnością na dany rok kalendarzowy. Zawiera on jedynie ogólną informację o grupach produktów firmy Motorola, które objęte są autoryzacją dla danego Partnera Radiowego. Małe systemy Dimetra IP to zarówno lokalne systemy Dimetra IP Compact, jak i Dimetra IP Micro, natomiast nie obejmują one dużych systemów wielkoobszarowych czy ogólnokrajowych. Wystawcą i sygnatariuszem dokumentów jest firma Motorola.

W decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający zaznaczył, że „(...) Zamawiający uznał, że dokumenty potwierdzające, że pracownicy Wykonawcy przeszli szkolenie w zakresie wskazanym na dołączonych zaświadczeniach - potwierdzają ich umiejętności, a nie kompetencje Wykonawcy. To Wykonawca czyli SILTEC Spółka z o.o. winna legitymować się zaświadczeniem producenta o posiadaniu kwalifikacji do serwisowania, wobec czego dokumenty wystawione na osoby fizyczne nie spełniają wymagań Zamawiającego.

Podobnie jest w przypadku dokumentu nadesłanego przez Wykonawcę SILTEC Sp. z o.o. w wyniku wezwania do ich uzupełnienia. Zaświadczenie (2014) wystawione przez Motorolę potwierdza, że Wykonawca jest pośrednikiem w sprzedaży i to małych systemów Dimetra IP. Wykonawca nie dołączył do tego dokumentu żadnego innego, który poświadczałby spełnienie wymogów Zamawiającego. Dokument w postaci opisywanego wyżej aneksu, w którym rozszerzono umowę pośrednictwa w sprzedaży o produkt i usługi Dimetra Compact, po pierwsze został dołączony za późno (Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów do dnia 23 maja 2014 r., podczas gdy aneks nadesłano 4 czerwca 2014 r.), po drugie nie potwierdza, że to rozszerzenie dotyczy usług związanych z serwisowaniem, a na koniec jeżeli nawet pod pojęciem „usługa” jest serwisowanie to jest ono objęte umową pośrednictwa w sprzedaży tych usług, a nie dotyczy wykonywania serwisu.

Zamawiający mając na uwadze, że tylko raz w trybie art. 26 ust. 3 UPZP można wzywać do uzupełnienia żądanych dokumentów w sytuacji gdy Wykonawca nie wykazał, że oferowane przez niego usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ - (potwierdzone przez producenta uprawnienie do serwisowania) miał obowiązek odrzucić ofertę z powodu, że

*treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 UPZP.”*

Oceniając tak ustalony stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zapisy SIWZ obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednoznacznie zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzają, że Zamawiający wymagał, aby to wykonawca dysponował (posiadał) ważnym dokumentem wystawionym przez producenta sprzętu firmy Motorola poświadczającym posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact. Podzielić należy stanowisko Przystępującego, że zapisy rozdziału VIII i IX SIWZ są ze sobą powiązane i się uzupełniają. W rozdziale VIII ustalono warunek, natomiast rozdział IX stanowił, jak dokument ma dany warunek potwierdzać. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie określił wymagań w zakresie warunku i formy dokumentów. Ustalony warunek dotyczył zamawianych usług, które zostały opisane zgodnie z przepisami w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca miał potwierdzić, że oferowane przez niego usługi odpowiadają wymogom określonym w OPZ i powyższe miał uczynić przez złożenie stosownych dokumentów, tj. kopii aktualnego dokumentu (np. certyfikatu, zaświadczenia) producenta sprzętu firmy Motorola poświadczającego posiadanie kwalifikacji do serwisowania urządzeń systemu Dimetra IP Compact. Oczywistym jest, że skoro to wykonawca ma wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w tym także warunków przedmiotowych), to dokument powinien być wystawiony na wykonawcę składającego ofertę. Jak słusznie zauważył w piśmie procesowym Przystępujący, do kwalifikacji wykonawców w kontekście tzw. warunków przedmiotowych zalicza się na przykład wdrożone systemy zarządzania jakością, gdzie certyfikaty wystawiane są na organizację.

Zdaniem składu zupełnie nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, że w danym postępowaniu wymaganie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego można było spełnić przez złożenie certyfikatów wystawionych na pracowników wykonawcy. Owszem, taka możliwość istniałaby, gdy Zamawiający wymagał również posiadania stosowanego zespołu specjalistów o określonych kwalifikacjach, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Tymczasem Zamawiający wymagał, aby to dana organizacja (wykonawca) przeszła tego rodzaju „szkolenie”, by móc wykonywać danego rodzaju czynności w ramach przedmiotu zamówienia. Dokumenty „przedmiotowe”, związane z zamawianą usługą, mają bowiem ścisły związek z przedmiotem świadczenia, w odróżnieniu od dokumentów składanych na potwierdzenie dysponowania odpowiednimi zasobami, w tym zasobami ludzkimi.

Odrzucony wykonawca nie zaprzeczył, że takiego dokumentu w postępowaniu nie złożył i nim nie dysponuje. Ustalonego warunku nie wyczerpuje i nie wpisuje się w niego złożony aneks do umowy z firmą Motorola o współpracy i uzyskaniu statusu Partnera Radiowego. Aneks włącza co prawda w zakres umowy systemy TETRA-Dimetra IP Compact – produkty i usługi, jednakże z dokumentu tego nie wynika, że wykonawca uprawniony jest do wykonywania usług serwisowania określonego systemu.

Dostrzeżenia wymaga, iż wykonawca Odwołujący błędnie wnioskuje, że jego oferta nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ustawodawca rozróżnił dwa rodzaje dokumentów składanych na potwierdzenie warunków i dwa rodzaje sankcji. W przypadku dokumentów odnoszących się do samego wykonawcy (do tzw. warunków podmiotowych), wykonawca w przypadku ich niewykazania, zostaje z postępowania wykluczony. Natomiast w przypadku niewykazania, że oferowane usługi lub dostawy nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego (tzw. warunki przedmiotowe), sankcją jest odrzucenie oferty. Jest to stanowisko powszechnie i jednolicie reprezentowane zarówno przez doktrynę oraz orzecznictwo.

Co do złożonej na rozprawie korespondencji, pomiędzy Zamawiającym a firmą Motorola, do której dostęp uzyskał wykonawca już po złożeniu odwołania, zaznaczyć należy, że poczynione tam stwierdzenia nie zmieniają sytuacji prawnej wykonawcy w postępowaniu. W wyniku zadania pytania: Czy Certyfikat Partnera Radiowego (...) dostarczony przez Siltec potwierdza kwalifikacje (uprawnienia) Oferenta do prowadzenia usług serwisowych i przeglądów technicznych, firma Motorola odpowiedziała, że *„Świadectwo partnerstwa w zakresie łączności radiowej złożone przez Siltec nie potwierdza kwalifikacji Oferenta do świadczenia żądanych usług i kontroli technicznej (...)”*. Choć w dalszej części pisma można przeczytać, że *„(...) Motorola potwierdza, że Siltec pomyślnie spełniła kryteria akredytacyjne firmy Motorola na Partnera w zakresie Dimetra IP Compact na terenie Polski w dniu 4 marca 2014 roku, a zatem Motorola również potwierdza kwalifikacje Oferenta do świadczenia usług i kontroli technicznej. Świadectwo Akredytacyjne nie zostało jeszcze dostarczone Siltec jedynie z powodu braku czasu na jego sporządzenie i złożenie”*, to oświadczenia te, choć dowodzą, że być może warunki przedmiotowe zostały przez Odwołującego spełnione, to niezbieżnie z pisma wynika, że wykonawca nie dysponuje jeszcze stosownym dokumentem ten fakt potwierdzającym. Co więcej, przeczy to także tezom Odwołującego, że takich certyfikatów, zaświadczeń nie wystawia się na wykonawcę rozumianego jako osoba prawna. Nie można wobec powyższego uznać, że dokumentami tymi wykonawca udowodnił, że spełnia warunek.

W przypadku zarzutów ukierunkowanych na naruszenie przez Zamawiającego art. 25 ustawy Pzp i wymagania, aby usługi świadczone były przez podmioty posiadające

autoryzację producenta, na co przedstawić trzeba było stosowane dokumenty, argumentację Odwołującego, że dane wymaganie było zbędne dla serwisu i napraw pogwarancyjnych, uznać należało w całości za spóźnioną. Jeżeli wykonawca uważał, że zapisy SIWZ nie spełniają wymogów określonych przepisami ustawy Pzp a postawione wymagania są nadmierne, to powyższe winien był kwestionować na wcześniejszym etapie postępowania, po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ na stronie Zamawiającego. W chwili obecnej postanowienia SIWZ przyjęły określoną formę i są jednakowe dla wszystkich wykonawców, którzy oferty musiały zgodnie z tymi zapisami i ustalonymi regułami być ocenione.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Przystępującej.

**Przewodniczący:**