

Sygn. akt: KIO 1682/15

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Viatelecome Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Barciany, ul. Szkolna 3, 11-410 Barciany**

przy udziale wykonawcy „**Infinity Group**” **Sp. z o.o., ul. Składowa 12, 15-399 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Viatelecome Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Viatelecome Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Viatelecome Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław** na rzecz **Gminy Barciany, ul. Szkolna 3, 11-410 Barciany** kwotę **4 053 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Barciany (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i budowę infrastruktury sieci szerokopasmowej w ramach projektu pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu mieszkańców Gminy Barciany”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 czerwca 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 140754.

W dniu 5 sierpnia 2015 r. wykonawca Viatelecome Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego będące wynikiem wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na niczym nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;
- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niezrozumiałe i nieprecyzyjne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień za pismem z dnia 14 lipca 2015 r. jako element badania oferty złożonej przez Odwołującego, a co za tym idzie, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako konsekwencja czynności Zamawiającego opisanej w tiret pierwszym, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy Zamawiający uznał (niesłusznie, w ocenie Odwołującego), że Odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że Zamawiający nie miał podstaw, w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), do odrzucenia tej oferty w oparciu o argumentację, na którą się powołuje w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, ani też w oparciu o jakąkolwiek inną argumentację;
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu poprzez dokonywanie czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp lub zaniechaniu dokonania określonych przepisami ustawy Pzp czynności selektywnych i niekonsekwentnych, w wyniku czego Odwołujący został wykluczony, a jego oferta, pomimo niepodlegania odrzuceniu, została odrzucona; naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający dopuścił się w szczególności w związku z naruszeniem powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie jest już trzecim postępowaniem mającym na celu wyłonienie wykonawcy zamówienia. W dwóch poprzednich postępowaniach SIWZ zawierała analogiczne postanowienia. Odwołujący również złożył ofertę w obu poprzednich postępowaniach, jednak jego oferta nie zawierała najniższej ceny. Za istotne Odwołujący uznał, że w ww. postępowaniach Odwołujący wykazał tożsame dokumenty na potwierdzenie tych samych warunków udziału w postępowaniach. Dokumenty te w żadnym z wcześniejszych postępowania nie wzbudziły zastrzeżeń tudzież wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wyraził przypuszczenie, że działanie Zamawiającego było próbą retorsji za dotychczasowe działania Odwołującego w uprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach, tj. informowanie Zamawiającego o występujących nieprawidłowościach, które doprowadziło do unieważnienia postępowania. Jako potwierdzenie swoich obaw Odwołujący wskazał na treść wystąpień kierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę, iż zarzuty względem Odwołującego sformułowane w wezwaniu z dnia 14 lipca 2015 r. do złożenia wyjaśnień, a dotyczące oferty Odwołującego zostały wyartykułowane przez Zamawiającego w sposób intencjonalny i na tyle ogólny, aby Odwołujący miał utrudnioną możliwość odniesienia się do nich w sposób klarowny. Jako przykład Odwołujący wskazał na sformułowanie „Do wyjaśnienia załączniki 1.7 i 1.8 PFU zaproponowane urządzenia niezgodne z wymaganiami PFU.”. W ocenie Odwołującego, treść przedmiotowego wezwania wskazywała bardziej na fragment prowadzonej korespondencji (np. mailowej), w której sygnalizowana była rzekoma niezgodność, niż na faktyczne wyartykułowanie jednoznacznego wezwania do wyjaśnienia treści oferty o wyraźnie sprecyzowanym zakresie. Zdaniem Odwołującego, takie wezwanie do złożenia wyjaśnień uchybia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10, jak również wyrokiem KIO z dnia 22 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2295/12 Odwołujący zauważył, że wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie pytań. Pytanie do wykonawcy powinno, jak stwierdził Odwołujący, wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, z jednoczesnym

określeniem, jakie to są wątpliwości i jakich Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że wezwanie o takich bądź zbliżonych cechach nie zostało skierowane w dniu 14 lipca 2015 r. do Odwołującego.

Odwołujący podniósł, iż na wcześniejszym etapie postępowania nie miał możliwości złożenia odwołania na treść wezwania Zamawiającego z uwagi na ograniczony katalog przesłanek do odwołania. Stwierdził, że na obecnym etapie, biorąc pod uwagę, iż powyższe wezwanie stanowiło element całości kształtu badania oferty złożonej przez Odwołującego, zakwestionowanie poprawności badania oferty Odwołującego choćby z uwagi na ten element procesu badania ofert jest zasadne, bowiem obnaża sposób postępowania Zamawiającego względem Odwołującego, w tym brak precyzji w kierowanej do Odwołującego korespondencji. Takie zachowanie Zamawiającego świadczy, w opinii Odwołującego, o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił przy tym, że ww. wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnosiło się swym zakresem do rzekomo brakujących dokumentów, przy czym brak było precyzyjnego (a nawet jakiegokolwiek) żądania Zamawiającego w tym przedmiocie. Jak zauważył Odwołujący, Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie podkreślała, że brak precyzyjnego wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia przez wykonawcę brakujących dokumentów jest w istocie uchybieniem obowiązku precyzyjnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia/uzupełnienia stwierdzonych wątpliwości/braków w niezbędnych do przeprowadzenia postępowania dokumentach, a co za tym idzie, jest nieskuteczne.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż opisany powyżej brak precyzji oraz profesjonalizmu w skierowanym do Odwołującego piśmie z dnia 14 lipca 2015 r. zamienił się w skierowanym dnia 24 lipca 2015 r. piśmie w język niezwykle precyzyjny. Nader precyzyjna jest również argumentacja Zamawiającego dotycząca wyniku postępowania, w tym uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty. Wybiórcze dozowanie precyzji wystąpień kierowanych do wykonawców w postępowaniu Odwołujący uznał za wyraz naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w myśl postanowień SIWZ, godziny pracy Zamawiającego są następujące: poniedziałek 8:00 - 16:00; od wtorku do piątku 7:00 - 15:00. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przekazane Odwołującemu faksem w piątek - 31 lipca 2015 r. o godz. 16:14, a więc w czasie, w którym Odwołujący jako wykonawca biorący udział w postępowaniu nie mógł się spodziewać korespondencji od Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, takie działanie Zamawiającego realnie wpływa na ograniczenie czasu na przygotowanie przysługującego środka ochrony prawnej, jakim jest

odwołanie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający sam nie ma pewności, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje w zakresie „Wykazu robót budowlanych” w kontekście prac wykonywanych na rzecz Inwestora, jakim była Gmina Klembów. Potwierdzeniem powyższego, w opinii Odwołującego, jest fakt, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty używa sformułowania (str. 4, 6): „istnieje uzasadnione podejrzenie złożenia nieprawdziwych informacji przez Viatelecome”. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykluczając wykonawcę z postępowania z uwagi na ww. przepis należy bezspornie wykazać (obowiązek ten spoczywa na Zamawiającym), że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, przy czym wątpliwości nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy. Szczególnie istotnym jest, że zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwości do zinterpretowania na korzyść wykonawcy wątpliwości. Tylko stwierdzenie w sposób niebudzący wątpliwości, iż przedłożono nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zatem nie jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego prowadzą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale bezsporne wykazanie podania nieprawdziwych informacji.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, podanie wiadomości nieprzystających do rzeczywistości, które jest wynikiem błędu czy też omyłki, nie może skutkować skorzystaniem z dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Za powyższym przemawia brzmienie art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE stanowiącego wskazówkę interpretacyjną na gruncie prawa krajowego. Zgodnie z rzeczonym przepisem wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji. Odwołujący wywiódł z powyższego, iż wykluczeniem z postępowania skutkuje tylko poważne wprowadzenie w błąd, a zatem posiadające walor istotności, przy czym konieczny jest element zawinienia. Odwołujący odwołał się również do art. 84 ust. 2 KC. Stwierdził, iż powyższe wyłącza zastosowanie sankcji wykluczenia w przypadku podania nieprawdziwych informacji nieświadomie, w wyniku omyłki czy też błędu. Wykluczeniu podlega tylko wykonawca, który celowo, działając w zamiarze bezpośrednim, przekazuje nieprawdziwe informacje, czego niewątpliwie nie można przypisać Odwołującemu.

Zdaniem Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że Odwołujący (poprzednia nazwa: Pimago Sp. z o.o.) w świetle łączących go stosunków z Netpioneer wykonywał zakres prac, o których napisał w ofercie oraz złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Fakt,

że Zamawiający na własną rękę komunikował się z Inwestorem - Gminą Klembów i uzyskał informacje, które wzbudziły jego wątpliwości, zdaniem Odwołującego, jeszcze nie stanowi dowodu, że Odwołujący świadomie starał się wprowadzić w błąd Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał i nie udowodnił (co jest obowiązkiem ciążącym na Zamawiającym), że Odwołujący działał w warunkach celowego, zamierzonego i w pełni zawinionego przekazania nieprawdziwych informacji. Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, co prowadzi także do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (str. 4) Zamawiający stwierdził, że: „wezwał Wykonawcę do miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach wyjaśnień”. Analogiczne stwierdzenie pojawiło się również w wezwaniu z dnia 24 lipca 2015 r., w którym Zamawiający nie skonkretyzował, jakie dowody ma na myśli. Jak wskazał Odwołujący, art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie przewiduje w swej treści (w przeciwieństwie do np. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) możliwości żądania od wykonawców dowodów w zakresie wyjaśnień. Za pozbawione podstawy prawnej, a zatem za obarczone wadą Odwołujący uznał zatem uzasadnienie Zamawiającego w piśmie z dnia 31 lipca 2015 r. stanowiącym wynik postępowania (str. 4), iż Odwołujący „nie przedłożyła żadnych dowodów”, co w istocie stanowiło podstawę do decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że podana przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu argumentacja, iż „z posiadanej przez Urząd Gminy Klembów dokumentacji nie wynika fakt zgłoszenia jako podwykonawcy Viatelecome Sp. z o.o.” nie ma wiele wspólnego z rzekomym faktycznym wykonywaniem rzeczonych prac przez Odwołującego. Zauważył, że skuteczne zgłoszenie podwykonawcy może rodzić ewentualne konsekwencje dla Inwestora w zakresie solidarnej odpowiedzialności zapłaty należnego podwykonawcy wynagrodzenia w myśl postanowień art. 647 ze zn. 1 KC., a nie samej możliwości dopuszczenia podwykonawcy do wykonywania przez niego prac. Zdaniem Odwołującego, inne rozumienie przepisów odnoszących się do tej materii przeczyłoby zasadzie swobody umów wyrażonej przepisem 353 ze zn. 1 KC. Odwołujący stwierdził, że w tym zakresie argument Zamawiającego jest całkowicie chybiony, a niniejsze potwierdza, że Zamawiający nie tylko nie udowodnił, ale choćby realnie nie uprawdopodobnił, że Odwołujący oświadczył w tym zakresie nieprawdziwe informacje.

W opinii Odwołującego, działanie Zamawiającego pozostaje w sprzeczności zasadą konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega bowiem wątpliwości, iż niedopuszczalne jest faworyzowanie określonych

wykonawców, co automatycznie utrudnia dostęp do zamówienia pozostałym. Odwołujący wskazał, iż niezależnie od tego, że w niniejszej sprawie nie doszło do przekazania nieprawdziwych informacji, Zamawiający nie jest uprawniony do zakładania z góry, iż informacje podane przez Odwołujące są niezgodne z rzeczywistością (np. KIO/UZP 278/09). Ustawodawca nie ustanowił bowiem żadnego domniemania nieprawdziwości informacji. Tymczasem w niniejszej sprawie nie sposób nie zauważyć, jak stwierdził Odwołujący, iż Zamawiający, kwestionując jednocześnie oświadczenie wykonawcy z góry przyjął, że informacje zawarte w ofercie Odwołującego mogą być niezgodne z rzeczywistością. W tym też duchu skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień, jak również kilkukrotne zapytania do innego Inwestora, po czym uznał, że wyjaśnienia wykonawcy są niewiarygodne, niemiarodajne, niepoparte dowodami, a podanie przedmiotowych informacji jest działaniem celowym, świadomym, intencjonalnym, tj. zmierzającym do wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia. Odwołujący uznał takie działanie za nieuprawnione i nie mogące skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący odniósł się do zakwestionowanych przez Zamawiającego aspektów wykazywanego przez Odwołującego zamówienia:

- 1) wybudowania 1 maszty zainstalowanego na budynku o $H > 30\text{m}$

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający stwierdził, że z uzyskanej informacji publicznej z Gminy Klembów wynika, że maszty zainstalowane na budynkach w ramach ww. projektu mają mniej niż 30m wysokości. Odwołujący wskazał, że udzielił obszernych wyjaśnień, iż zgodnie z postanowieniem PFU w ramach niniejszego postępowania, wysokość maszty była określona na podstawie planowania radiowego. W związku z faktem, że prace przy budowie wieży w lokalizacji Klembów oczyszczalnia opóźniały się, firma Netpioneer zamówiła 30m maszty z instalacją na dachu budynków w Kruszu, aby zestawić bezpośrednie połączenie z Urzędem Gminy w Klembowie. Zlecenie, jakie otrzymała Viatelecome obejmowało m.in. wybudowanie 30m maszty z instalacją na budynku na oczyszczalni w Kruszu. Taki maszt (wraz z doprowadzeniem do niego symetrycznego łącza internetowego 40Mbps) został wybudowany przez Viatelecome. Odwołujący wskazał również na podstawie dostępnych informacji, że po wybudowaniu łącza zestawiono transmisje Internet bezpośrednio do Urzędu Gminy Klembów z niższej wysokości maszty w Kruszu niż w sposób bezpieczny założono, a firma Netpioneer (najpewniej ze względu na skręcanie się maszty przy porywach wiatru) zdecydowała się skrócić maszt, a następnie domontowała odciągi przeciwskrętne. Odwołujący podkreślił w swoim wyjaśnieniu, że niniejsze nie zmienia faktu, że wykonał zleczone prace w sposób zgodny z przedłożoną referencją.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ogłoszonym wyniku postępowania Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Viatelecome „nie wyjaśniły wątpliwości Zamawiającego” i „nie zawierały żadnych dowodów, ani też żadnych miarodajnych i wyczerpujących wyjaśnień opartych na dowodach...”. Zamawiający spuentował, że z Dokumentacji Powykonawczej z lutego 2014 r. przekazanej z Gminy Klembów (...) wynika, że w miejscowości Krusze na budynku Stacji Uzdatniania Wody zainstalowano maszt kratownicowy o wysokości 20m”, a wykonawca Viatelecome „w trakcie prowadzonego postępowania zarówno w dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty, jak i w składanych Zamawiającemu oświadczeniach, złożył Zamawiającemu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

Odwołujący stwierdził, iż nie potrafi odnieść się do abstrakcyjnego zarzutu Zamawiającego, iż skoro Dokumentacja Powykonawcza stanowi o instalacji masztu kratownicowego o wysokości 20m, to Viatelecome złożyła nieprawdziwe informacje. Przyznał, że w tym zakresie trudno cokolwiek dodać prócz wyrażenia poczucia, że Zamawiający nie rozumie lub udaje, że nie rozumie znaczenia Dokumentacji Powykonawczej, której definicja została wyrażona art. 3 pkt 14 ustawy Prawo budowlane.

2) wybudowania dwóch stacji bazowych pracujących w technologii bezprzewodowej w paśmie licencjonowanym. Zamawiający stwierdził, że wybudowane stacje bazowe w ilości sztuk sześć pracują w technologii bezprzewodowej w paśmie nielicencjonowanym.

Jak zauważył Odwołujący, w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że najprawdopodobniej odpowiedź Gminy Klembów dotyczyła wyłącznie warstwy dostępowej dla beneficjentów projektu, która to oparta była o pasmo nielicencjonowane 5,4GHz. Niemniej jednak, Viatelecome dostarczyła i zbudowała system radiowy w paśmie licencjonowanym 42GHz dedykowanym dla systemów punkt-wielopunkt. Viatelecome wskazała, że stacje systemu pracującego w częstotliwości 42GHz łączą wszystkie węzły sieci. Ponadto, Gmina Klembów posiada rezerwacje dla systemu punkt-wielopunkt 42GHz (decyzja UKE), co również stanowi informację publiczną. Odwołujący wyjaśnił, że każda stacja systemu punkt-wielopunkt 42GHz działa w topologii stacja-klient i została uruchomiona zgodnie z wytycznymi UKE. Odwołujący podkreślił, że przekazał Zamawiającemu numer Decyzji UKE na pasmo licencjonowane (DZC-WSR-5106-84/13(2) z dnia 7 listopada 2013 r.).

Odwołujący wskazał, że w ogłoszonym wyniku postępowania Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Viatelecome „nie wyjaśniły wątpliwości Zamawiającego” i „nie zawierały żadnych dowodów na potwierdzenie tez i wyjaśnień”. Zamawiający wskazał co wynika

z planowania radiowego w tymże projekcie i spuentował, że wykonawca Viatelecome „w trakcie prowadzonego postępowania zarówno w dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty, jak i w składanych Zamawiającemu oświadczeniach, złożył Zamawiającemu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

Odwołujący stwierdził, że nie jest w stanie nawet wyczytać wyraźnego zarzutu względem własnej oferty, a w szczególności, która informacja podana przez Viatelecome jest rzekomo nieprawdziwa. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający stwierdził, iż wyjaśnienia „nie zawierały żadnych dowodów na potwierdzenie tez i wyjaśnień” co przesądziło o uznaniu wyjaśnień Viatelecome za niewiarygodne, kłamliwe. Odwołujący ponownie zwrócił uwagę na naruszenie w tym zakresie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, który nie daje Zamawiającemu możliwości żądania dowodów w przedmiotowym zakresie, a co za tym idzie, Zamawiający nie może obciążać Odwołującego skutkami swoich błędnych wyobrażeń, przekonań, niepopartych przepisami prawa.

- 3) podłączenia 25 klientów/terminali bezprzewodowo pracujących w paśmie nielicencjonowanym oraz licencjonowanym. Zamawiający stwierdził, że w ramach Projektu „Budowa dostępu do Internetu w Gminie Klembów” podłączono 300 klientów/terminali bezpośrednio pracujących w paśmie nielicencjonowanym.

Odwołujący wyjaśnił, że dostarczył i zbudował system radiowy w paśmie licencjonowanym 42GHz dedykowanym dla systemów punkt-wielopunkt. Stacje systemu pracującego w częstotliwości 42GHz łączą wszystkie węzły sieci. Każda stacja systemu punkt-wielopunkt 42GHz działa w topologii stacja - klient i została uruchomiona zgodnie z wytycznymi UKE.

Jak zauważył Odwołujący, w ogłoszonym wyniku postępowania Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Viatelecome „nie wyjaśniły wątpliwości Zamawiającego”. Zamawiający wskazał co wynika z planowania radiowego w tymże Projekcie i spuentował, że wykonawca Viatelecome „w trakcie prowadzonego postępowania zarówno w dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty, jak i w składanych Zamawiającemu oświadczeniach, złożył Zamawiającemu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

Odwołujący stwierdził, że nie jest w stanie wyczytać wyraźnego zarzutu względem własnej oferty, a w szczególności, która informacja podana przez Odwołującego jest rzekomo nieprawdziwa.

4) wykonania wyposażenia obejmującego system zasilania gwarantowanego, serwer i router brzegowy posiadający funkcjonalność firewall'a, antywirusa, antyspam oraz kontroli treści. Zamawiający stwierdził, że w ramach Projektu „Budowa dostępu do Internetu w Gminie Klembów” zakres przedmiotu: wyposażenie obejmujące system zasilania gwarantowanego, serwer i router brzegowy posiadający funkcjonalność firewall'a, antywirusa, antyspam oraz kontroli treści (zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy Konsorcjum) wykonywała firma MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. a nie firma Netpioneer Sp. z o.o. wymieniona jako Zamawiający w załączniku do oferty wykonawcy - „wykaz wykonanych robót budowlanych”. Odwołujący wyjaśnił, że w ramach przedmiotowego zadania został wykonany przez Odwołującego m.in. następujący przedmiot: wyposażenie obejmujące system zasilania gwarantowanego, serwer i router brzegowy posiadający funkcjonalność firewall'a, antywirusa, antyspam oraz kontroli treści. Niniejsze zostało wykonane w każdym z sześciu węzłów radiowych sieci. Każdy węzeł posiada system zasilania gwarantowanego. Dodatkowo, w każdym węźle dostarczył i zainstalował rozwiązanie NetBridge wraz z kontrolerem będące ze swej natury i funkcjonalności serwerem (radius, NTP), pełni rolę routera brzegowego (np. routuje ruch IP z przyłączonych klientów WiFi do sieci), posiada funkcjonalności firewall'a, antywirusa, antyspam oraz kontroli dostępu.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w ogłoszonym wyniku postępowania Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Odwołującego „nie wyjaśniły wątpliwości Zamawiającego” i „nie zawierały żadnych dowodów, ani też żadnych miarodajnych i wyczerpujących wyjaśnień opartych na dowodach...”. Zamawiający spuentował, że z dokumentu Umowa Konsorcjum wynika, że „za dostawę wyposażenia do serwerowni obejmującego system zasilania gwarantowanego, serwer i router brzegowy posiadający funkcjonalność firewall'a, antywirusa, antyspam oraz kontroli treści odpowiadała firma MAXTO a nie firma Netpioneer. Natomiast firma Viatelecome wskazała w ofercie, że była podwykonawcą firmy Netpioneer.” a wykonawca Viatelecome „w trakcie prowadzonego postępowania zarówno w dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty, jak i w składanych Zamawiającemu oświadczeniach, złożył Zamawiającemu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ, iż oczekuje od wykonawców wykazania posiadania doświadczenia w dostarczeniu wyposażenia serwerowni w jednej lokalizacji. W swoich wyjaśnieniach Odwołujący przyjął, że lokalizacja serwerowni mogła być rozproszona. Zamawiający na obecnym etapie precyzuje postanowienia SIWZ dotyczące oczekiwań względem wykonawców. Taki mechanizm, w ocenie Odwołującego, jest nieuprawniony.

Zgodnie ze stanem wiedzy Odwołującego, wykonane przez Odwołującego prace potwierdzają w komplecie warunek udziału w postępowaniu i nie ma podstaw do podważenia doświadczenia Odwołującego w niniejszym zakresie.

Odwołujący stwierdził, że jeżeli jednak pogląd prezentowany przez Zamawiającego, iż Odwołujący poprzez złożone dokumenty (oraz udzielone wyjaśnienia) nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu znajdzie uznanie Składu Orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, to w ocenie Odwołującego, Odwołujący powinien zostać wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie, w tym wykazu robót oraz referencji. Na chwilę obecną Zamawiający zaniechał takiego wezwania, czym dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący przypomniał, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie zastępuje wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia służyć mają bowiem wykładni wątpliwej dla Zamawiającego treści złożonego dokumentu. Jeżeli wynik wyjaśnień pozwoli na ustalenie, że złożone dokumenty nie są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiającego obciąża ustawowy obowiązek wezwania do uzupełnienia takich dokumentów zgodnie z treścią rzeczonoego przepisu.

Odwołujący podsumowując stwierdził, że twierdzenia Zamawiającego zawarte w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, stanowiące informacje o wykluczeniu Odwołującego, nie znajdują uzasadnionych podstaw faktycznych ani prawnych.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż zgodnie z postanowieniem SIWZ (§ 4 ust. 3) „w przypadku wątpliwości co do parametrów urządzeń wskazanych w ofercie, Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawcy, przed podpisaniem umowy, do dostarczenia w terminie wcześniejszym niżby to wynikało z harmonogramu prac - w terminie 5 dni od daty otrzymania wezwania na własny koszt do siedziby Zamawiającego:

- a. system do budowy łączy szkieletowych w paśmie licencjonowanym 6 GHz złożony z 1 urządzenia radiowego stacji bazowej (1 sektor) i 1 terminala odbiorczego
- b. 1 kpl. radiolinii na pasmo nielicencjonowane

i wykazania spełnienia wymaganych w Załączniku nr 10 do SIWZ parametrów i wyników testów zgodnych z Załącznikiem nr 9 do SIWZ, przez ich uruchomienie na dostarczonym sprzęcie. Z przeprowadzonych testów zostanie sporządzony protokół podpisany przez przedstawicieli obu stron bez zastrzeżeń. W przypadku niedostarczenia tych urządzeń, nie uruchomienia sprzętu i/lub niezgodności wyników przeprowadzonych testów z wymaganiami zawartymi w SIWZ oferta zostanie odrzucona. Sprzęt dostarczony do przeprowadzenia

testów pozostanie w siedzibie Zamawiającego do upływu terminu przewidzianego do wniesienia środka ochrony prawnej, w przypadku wykazania spełnienia warunków określonych w SIWZ, w przypadku Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, sprzęt pozostanie do dnia odbioru dostawy i będzie stanowił wzorzec do kolejnych dostaw zgodnie z harmonogramem realizacji inwestycji.” Odwołujący zaznaczył, że w świetle postanowień umowy, wykonawca obowiązany jest przedstawić Zamawiającemu rzeczony powyżej harmonogram prac w terminie 7 dni od podpisania umowy.

Odwołujący wyraził przekonanie, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do dostarczenia do siedziby Zamawiającego systemu do budowy łączy szkieletowych w paśmie licencjonowanym 6 GHz złożonego z 1 urządzenia radiowego stacji bazowej (1 sektor) i 1 terminala odbiorczego oraz 1 kpi. radiolinii na pasmo nielicencjonowane. Zdaniem Odwołującego, niniejsze mogło być procedowane wyłącznie przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający uchybił swoim działaniem postanowieniu SIWZ obarczając negatywnymi konsekwencjami własnego uchybienia Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że nie był uprawniony do złożenia odwołania na bezpodstawne wezwanie do wykonania czynności, do jakich został wezwany przez Zamawiającego, a z drugiej strony - niewykonanie tych czynności narażało Odwołującego na odrzucenie jego oferty. Na obecnym etapie Odwołujący zauważył, że ww. wezwanie i oczekiwanie Zamawiającego stanowiło element badania oferty złożonej przez Odwołującego i dopiero na obecnym etapie postępowania obnażone zostały negatywne skutki rzeczonoego wezwania Zamawiającego, a więc dopiero na obecnym etapie występuje naruszenie interesu Odwołującego oraz szkoda w postaci nieuzyskania niniejszego zamówienia, a co zatem idzie - nieosiągnięcia planowanego zysku.

Jak podkreślił Odwołujący, wybrany wykonawca („przed podpisaniem umowy”) zobowiązany był zgodnie z rzeczonym postanowieniem SIWZ do wykazania spełnienia wymaganych w Załączniku nr 10 do SIWZ parametrów (dot. systemu do budowy łączy szkieletowych oraz radiolinii na pasmo nielicencjonowane - zgodnie z Załącznikiem 1.6 do PFU) i wyników testów zgodnych z Załącznikiem nr 9 do SIWZ, przez ich uruchomienie na dostarczonym sprzęcie. Analizując treść „protokołu z badania próbek oraz przeprowadzenia testów” Odwołujący zwrócił uwagę że protokół nie odzwierciedla zakresu żądanych w Załączniku nr 10 do SIWZ parametrów tychże urządzeń, a odnosi się wyłącznie do wybranych elementów urządzeń. Niniejsze koliduje więc z brzmieniem przywołanego postanowienia SIWZ i stanowi o nieprawidłowości przeprowadzonych testów.

W ocenie Odwołującego, gdyby nawet przyjąć, że Zamawiający miał prawo na etapie

badania ofert żądać przedstawienia niniejszych urządzeń i dokonania ich testów, to należy wskazać, że „Protokół z badania próbek oraz przeprowadzenia testów” posługuje się w całej swej treści jednoznacznie nomenklaturą 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). Używane częstokroć sformułowanie „próbka” oznacza, w opinii Odwołującego, że Zamawiający traktuje *de facto* niniejsze urządzenia jako próbkę oferowanego produktu. W takim przypadku, jak zauważył Odwołujący, próbki podlegają uzupełnieniu w przypadku ich braku lub błędów/nieprawidłowości. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający kolejny raz zaniechał wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący, nie uchybiając treści powyżej wskazał, że termin wyznaczony mu na dostarczenie urządzeń (3 dni robocze) uniemożliwił mu właściwą ich konfigurację, co miało zasadniczy wpływ na wyniki testów. Wszystkie urządzenia spełniają parametry wyrażone opisem przedmiotu zamówienia oraz ofertą Odwołującego, a ich sparametryzowanie na potrzeby niniejszego postępowania nie było niemożliwe w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Odnosnie rzekomej niezgodności systemu do budowy łączy szkieletowych w paśmie nielicencjonowanym 6 GHz w zakresie mocy nadawania stacji bazowej, która zgodnie z Załącznikiem nr 1.6 do PFU powinna wynosić co najmniej 24 Bm Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie określił w SIWZ (PFU) dla jakich modulacji ma zostać osiągnięta niniejsza moc nadawania. Odwołujący wyjaśnił, że moc nadawania wzrasta wraz ze zmianą modulacji na niższe. Moc 23dBm jest mocą maksymalną dla modulacji 64-qam, zaś dla innej modulacji pracy oferowanego urządzenia, tj. QPSK wg wiedzy Odwołującego przy założonej parametryzacji urządzenia przekracza ono wymaganą minimalną moc 24dBm. Odwołujący stwierdził, że zaoferowane urządzenie spełnia oczekiwaną moc nadawania 24 Bm dla modulacji QPSK. Nadto, regulamin testów nie przewidywał sprawdzania mocy nadawania urządzenia. Przeprowadzony test przekraczał więc zakres opisany i wymagany regulaminem.

W zakresie zarzutu do radiolinii na pasmo nielicencjonowane i rzekomego braku dostępu do systemu nadzoru radiolinii w paśmie nielicencjonowanym Odwołujący podniósł, że twierdzenia Zamawiającego w przedmiotowym zakresie wykraczają daleko poza ramy określone jako „obiektywizm Zamawiającego”. W ocenie Odwołującego, jedynym wnioskiem, jaki można wysnuć z zapisów Tabeli 2.5.4 Protokołu z badania próbek oraz przeprowadzenia testów jest fakt, że w trakcie testów nie uzyskano dostępu do konsoli zarządzania, ale test przebiegł prawidłowo, ponieważ: Komputer #1 transmitował dużą ilość danych, Komputer #3 uzyskiwał transfer w okolicach 10Mbps, zaś Komputer #2 uzyskiwał nieprzerwany dostęp do

systemu nadzoru (przetestowano przy pomocy komendy ping / czas odpowiedzi ≤ 1 ms). Odwołujący wskazał, że Zamawiający uwypukla, że nie uzyskano dostępu do systemu nadzoru, podkreślając jednak, że scenariusz testów nie obejmował systemu nadzoru. Jak zaznaczył Odwołujący, oferowana radiolinia na pasmo licencjonowane systemu nadzoru wymaga jedynie do monitorowania jej pracy i zmiany parametrów funkcjonalnych. Scenariusz testów nie przewidywał konieczności wykonywania modyfikacji skonfigurowanych przez wykonawcę parametrów. Miał jedynie potwierdzić odpowiednie przenoszenie ruchu w poszczególnych VLANach, co zostało udowodnione i potwierdzone.

Odwołujący wskazał na treść zamieszczoną na stronie 3 protokołu w pkt „Uwagi: Nie udało się uruchomić konsoli sterującej, transmisja na łączu radiowym działa poprawnie”. Odwołujący uznał, że Zamawiający, w osobach go reprezentujących, podpisał protokół z powyższą informacją, tym samym potwierdził zgodność oferowanej radiolinii na pasmo nielicencjonowane z wymogami PFU.

W ocenie Odwołującego, powyższe nie ma znaczenia na obecnym etapie, bowiem zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie jest uprawniony na tym etapie postępowania do żądania dostarczenia urządzeń, o których mowa powyżej, natomiast dostarczone przed podpisaniem umowy urządzenia będą odpowiednio sparametryzowane zgodnie z oczekiwaniami SIWZ/PFU.

Odwołujący wskazał, że jeżeli nawet przyjąć, że Zamawiający jest jednak uprawniony do powyższego żądania, to urządzenia te - zgodnie z nomenklaturą postanowień SIWZ - podlegają jako próbka uzupełnieniu.

Zdaniem Odwołującego, w tym stanie rzeczy, jakkolwiek nie wnioskując w zakreślonym powyżej zbiorze możliwych zachowań Zamawiającego, odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp było przedwczesne i nieuzasadnione.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w ocenie Odwołującego, przejawiał i potwierdził się, ponieważ Zamawiający arbitralnie, bez jakichkolwiek miarodajnych przesłanek uznał, że oferta złożona przez Odwołującego zostanie poddana dodatkowym czynnościom weryfikacyjnym. Jedynym argumentem do podjęcia tejże czynności była, w opinii Odwołującego, konstrukcja postanowień SIWZ w § 4 ust. 3, która umożliwiała Zamawiającemu w niesformalizowany co do powodów sposób zdecydować, iż jedna z ofert zostanie poddana szczególnej procedurze dodatkowej oceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności oceny, a także badania ofert, w szczególności badania oferty złożonej przez Odwołującego;
- dokonania powtórnego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;
- uznania wyjaśnień złożonych w trakcie prowadzenia postępowania przez Odwołującego za wiążące i dające podstawę do stwierdzenia, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu; względnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- uznania oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty, która nie podlega odrzuceniu;
- uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego, a w przypadku nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nakazania uwzględnienia podczas badania i oceny ofert oferty złożonej przez Odwołującego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Izba dopuściła dowód z zeznań świadka D. S., który stawiał się na rozprawie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego, dokumenty wymienione w treści uzasadnienia, zeznania świadka, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Za nie podlegający uwzględnieniu Izba uznała zarzut dotyczący przyjęcia przez Zamawiającego, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby, materiał dowodowy zebrany w przedmiotowej sprawie wskazuje na okoliczność, iż Odwołujący realizował prace na rzecz Gminy Klembów na zlecenie Netpioneer Sp. z o.o. Świadczą o tym zarówno złożone wraz z ofertą referencje (strona 37 oferty Odwołującego), przedłożona na rozprawie Umowa podwykonawcza zawarta w dniu 1 lutego 2013 r. pomiędzy Pimago Sp. z o.o. a Netpioneer Sp. z o.o., korespondencja prowadzona pomiędzy pracownikiem Zamawiającego a pracownikiem Gminy Klembów w dniu 24 lipca 2015 r., wraz z którą przekazana została Dokumentacja Powykonawcza budowy stacji bazowej systemu Wimax/WiFi wskazująca na Viatelecome Sp. z o.o. jako jednostkę projektową, a także zeznania świadka.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, iż złożone przez niego w ofercie informacje o zakresie realizowanych prac są prawdziwe. Izba uznała uprawnienie Zamawiającego do badania ofert również przez zasięgnięcie informacji od podmiotów trzecich. Uzyskane w taki sposób przez Zamawiającego dokumenty, jak m.in. Umowa Nr RliRG.272.9.2012 z dnia 25 lipca 2012 r. zawarta pomiędzy Gminą Klembów a Konsorcjum firm: Maxto Sp. z o.o. S.K.A., Netpioneer Sp. z o.o. i L. T. PU-H Promit wraz z jej zmianami, dokument zatytułowany „Planowanie radiowe sieci dostępowej dla projektu: Rozwój dostępu do Internetu w Gminie Klembów dla mieszkańców zagrożonych wykluczeniem cyfrowym.”, dokument zatytułowany „Planowanie radiowe sieci szkieletowej dla projektu: Rozwój dostępu do Internetu w Gminie Klembów dla mieszkańców zagrożonych wykluczeniem cyfrowym.”, Umowa konsorcjum zawarta w dniu 1 lipca 2012 r. pomiędzy Maxto Sp. z o.o. S.K.A. a Netpioneer Sp. z o.o. oraz L. T. PU-H Promit, Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia dla zadania Budowa dostępu do Internetu w Gminie Klembów w zakresie aranżacji serwerowni, stanowią dowód złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Ww. dokumenty w jednoznaczny sposób wskazują na inny zakres zamówienia niż to wynika z oświadczenia Odwołującego. Wobec tak zebranego przez Zamawiającego materiału dowodowego, na Odwołującym spoczywał ciężar złożenia dowodów przeciwnych,

stanowiących o prawdziwości złożonych przez Odwołującego oświadczeń. Jednoznacznego potwierdzenia prawdziwości złożonych przez Odwołującego oświadczeń nie mogą stanowić zeznania świadka D. S., który nie uczestniczył w odbiorach końcowych, a zatem nie może potwierdzić czy poszczególne elementy zamówienia zostały wykonane należycie. Należy przy tym mieć na uwadze, iż złożone przez Odwołującego oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu obejmowało nie tylko wykonanie poszczególnych prac, ale ich należyte wykonanie, co zgodnie z oświadczeniem świadka, mogło być stwierdzone tylko na etapie odbiorów końcowych, bowiem w toku realizacji zamówienia dla Gminy Klembów nie przewidywano odbiorów częściowych. Przykładowo, świadek potwierdził wprawdzie, iż Odwołujący postawił maszt o wysokości 30m, jednak stwierdził również, że nikt nie dokonywał pomiaru faktycznej wysokości masztu, nie dokonywano odbioru częściowego, zaś przy odbiorach końcowych świadek nie uczestniczył. Z uwagi na powyższe, zeznania świadka nie mogą stanowić dowodu świadczącego przeciwko dokumentom zebranym przez Zamawiającego. Zważyć przy tym należy, iż postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, zatem to na uczestnikach postępowania odwoławczego spoczywa obowiązek udowodnienia swoich racji.

W toku udzielanych przez Odwołującego Zamawiającemu wyjaśnień, jak również na rozprawie przez Izbą Odwołujący nie podjął również próby wykazania, iż podanie nieprawdziwych informacji jest wynikiem omyłki czy też błędu. Mimo braku takiej aktywności ze strony Odwołującego Izba stwierdziła, że w przedmiotowym stanie faktycznym trudno mówić o błędzie czy nieświadomym działaniu wykonawcy, skoro, według oświadczeń Odwołującego, sam Odwołujący realizował prace, zatem stanowi źródło informacji podanych w ofercie, nie były to informacje przekazywane przez podmioty trzecie.

Wobec zaistnienia przesłanek wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła również naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przez wezwanie Odwołującego do dostarczenia do siedziby Zamawiającego sprzętu o którym mowa w § 4 ust. 3 SIWZ. Zamawiający zapewnił sobie możliwość zweryfikowania oświadczeń złożonych w ofercie zastrzegając, iż w przypadku m.in. negatywnych wyników testów oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Treść przedmiotowego postanowienia SIWZ wskazuje, iż dostarczony na wezwanie sprzęt, który ma podlegać testom, stanowi treść oferty, która w przypadku niezgodności z treścią SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W takim przypadku, wszelkie negocjacje z wykonawcą dotyczące treści złożonej oferty czy też jej modyfikacja są niedozwolone (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba stwierdziła również, iż zakres przeprowadzonych testów był zgodny z § 4 ust. 3 SIWZ oraz Regulaminem testów (Załącznik nr 9 do SIWZ). O prawidłowości działania przekazanych na rzecz testów urządzeń nie może świadczyć złożony przez Odwołującego na rozprawie List potwierdzający z dnia 5 sierpnia 2015 r. wystosowany przez InfiNet Malta Limited, bowiem prawidłowość działania systemu powinna być możliwa do stwierdzenia w toku testów. Izba zważyła przy tym, że podczas testów obecny był przedstawiciel Odwołującego, który nie wnosił zastrzeżeń wobec przeprowadzanych testów.

Na uwzględnienie zarzutu nie mogą mieć wpływu twierdzenia Odwołującego, iż wyznaczony przez Zamawiającego termin na dostarczenie urządzeń uniemożliwił Odwołującemu właściwą ich konfigurację. Odwołujący wziął udział w przedmiotowym postępowaniu mając świadomość postanowień SIWZ, stąd na obecnym etapie nie może uchylać się od odpowiedzialności za własne działanie wskazując na zbyt krótki termin, skoro był on zgodny z postanowieniami SIWZ. Izba stwierdziła, że termin określony przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 lipca 2015 r. był zgodny z postanowieniem SIWZ (§ 4 ust. 3).

Z uwagi na powyższe, nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Rozpoznaniu przez Izbę nie podlegał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem czynność ta nie podlega zaskarżeniu w postępowaniach o wartości poniżej tzw. progów unijnych (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp) i czynność ta nie może być kwestionowana na obecnym etapie.

Tym samym, Izba nie stwierdziła podstaw do unieważnienia dokonanych przez Zamawiającego czynności i nakazywania ich powtórzenia.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Za uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego Izba uznała koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Infinity Group Sp. z o.o. o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych z uwagi na okoliczność, iż ww. rozporządzenie w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania pozwala na zasądzenie kosztów na rzecz uczestnika postępowania jedynie w ściśle określonych przypadkach opisanych w § 5 ust. 1 pkt 3) lit. b) lub § 5 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia, które w przedmiotowej sprawie nie zachodzą. Co więcej, zgodnie z § 3 pkt 2) ww. rozporządzenia, Izba zasądza koszty w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: