

WYROK

z dnia 21 lutego 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Klaudia Szczytowska – Maziarz

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Kenbit Koenig i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4226 w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kenbit Koenig i Wspólnicy Sp. J. 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 wykonawcę **Kenbit Koenig i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Kenbit Koenig i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Jednostki Wojskowej 4226 w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Dnia 10 lutego 2014 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) - dalej jako „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp.j. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa urządzeń łączności satelitarnej (nr ref. D/113/2013), cz. I, przez Zamawiającego Jednostkę Wojskową nr 4226 w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2013 r. pod nr 2013/S 104-178058.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

- niewłaściwym badaniu i ocenie ofert,
- wykluczeniu Odwołującego z postępowania, pomimo, iż udowodnił spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy TCom S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: TCom) z postępowania, pomimo, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ani warunków dysponowania potencjałem osobowym;
- zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy TCom z postępowania, pomimo, iż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
- zaniechaniu odrzucenia oferty TCom, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”); ewentualnie:
- zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- zaniechaniu wezwania TCom do uzupełnień w zakresie dysponowania potencjałem osobowym.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający podejmując wskazane czynności, naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania Odwołującego, mimo braku przesłanek wynikających z norm określonych w niniejszych przepisach;
- 2) art. 89 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TCom S.A. z udziału w postępowaniu, pomimo niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia TCom z udziału w postępowaniu, pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu mające wpływ na wynik postępowania;
- 5) art. 89 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TCom, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

ewentualnie:

- 7) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia,
- 8) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania TCom do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku dysponowania potencjałem osobowym.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszono o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert, a w konsekwencji:
 - a. wykluczenia TCom oraz odrzucenia oferty złożonej przez TCom S.A.,
 - b. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, ewentualnie:
 - c. w przypadku uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków wiedzy i doświadczenia wezwanie do uzupełnienia wykazu dostaw.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Ponadto, Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena, Odwołujący zaś złożył ofertę z najniższą ceną. Gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego i nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Z tego

względu Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, natomiast naruszenie przepisów przez Zamawiającego wprost wpływa na możliwość poniesienia szkody poprzez nieuzyskanie zamówienia przez Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał faksem w dniu 31 stycznia 2014 r. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo, iż wykazał on spełnianie warunków udziału w tym postępowaniu.

Zamawiający, w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w związku z czym wykluczył Odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym rozstrzygnięcia stwierdził, iż kwestionuje pozycje 3,4 i 8 złożonego przez Odwołującego wykazu dostaw jako nie potwierdzające spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z pkt 1.2. Rozdziału V SIWZ wykonawcy winni wykazać się spełnieniem warunku posiadania wiedzy i doświadczenia tj. wykonaniem „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, określając rodzaj dostarczanego sprzętu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane. Wykonawca obowiązany jest do załączenia dowodów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie np. poświadczenie. W odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych poświadczenie to powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 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. Wartość dostaw winna być nie mniejsza niż: na zadanie nr 1 - 8 600 000.00 zł.”

Zamawiający w SIWZ wskazał, iż „za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy sprzętu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia”.

Natomiast w myśl pkt 1 Rozdziału I SIWZ przedmiotem zamówienia w cz. I jest dostawa 11 urządzeń łączności satelitarnej VSAT typu SLAVE. Ponadto w pkt 11 Rozdziału I SIWZ Zamawiający uszczegółowił, iż: „Wykonawca dostarczy terminale satelitarne VSAT

typu SLAVE wraz z usługą integracji na potrzeby systemu teletransmisji z wykorzystaniem łączy satelitarnych eksploatowanego w ramach”.

pozycja 3 wykazu dostaw

W pozycji 3 wykazu dostaw Odwołujący wskazał „Modernizację systemu VSAT - dostawa modemów, integracja, włączenie w system” o wartości brutto 1 604 129,03 zł, na rzecz Jednostki Wojskowej 2305. Jednocześnie wraz z ofertą załączył pismo dowódcy jednostki potwierdzające należyte wykonanie zamówienia.

W dniu 4 listopada 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw wraz dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, wskazując, iż zamówienie to nie może być uznane za potwierdzające wykonanie dostaw o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący nie zgadzając się z takim twierdzeniem Zamawiającego, wyjaśnił zakres zrealizowanego zamówienia wskazując, że nazwa zamówienia tj. „modernizacja” nie oznacza, że przedmiotem tego zamówienia nie były dostawy sprzętu, wręcz odwrotnie - przedmiotem umowy zawartej z JW 2305 były dostawy sprzętu łączności satelitarnej, przy czym celem tych dostaw było doposażenie i ujednoczenie systemu łączności satelitarnej tego zamawiającego. Do wyjaśnień załączono protokół przyjęcia przekazania, protokół odbioru technicznego i opis przedmiotu zamówienia dotyczące kwestionowanej pozycji wykazu wykazujące w sposób jednoznaczny, iż realizacja tego zamówienia polegała na dostawach wymienionego sprzętu. Z przedłożonych dokumentów wynika zatem jednoznacznie, że zamówienie pn. „Modernizacja systemu VSAV dla JW 2305 oznacza de facto rozbudowę systemu poprzez dostawę i konfigurację nowych urządzeń. Sformułowanie „modernizacja” użyte w nazwie postępowania należy zatem rozumieć jednoznacznie jako wymiana starego sprzętu na nowy i dołożenie nowych komponentów do uprzednio istniejącego systemu w celu dostosowania do nowych standardów. W tym kontekście przedmiotowe zamówienie jest w pełni zgodne z wymaganiem Zamawiającego tj. odpowiada swoim rodzajem dostawie będącej przedmiotem zamówienia. Warto przy tym zauważyć, że dostawa stacji VSAT nie oznacza dostarczenia jednego kompletnego produktu, ale właściwie szereg elementów konstrukcyjnych, które w ramach realizacji zamówienia muszą zostać ze sobą połączone a następnie uruchomione. Taki właśnie komplet urządzeń został dostarczony i uruchomiony w ramach kwestionowanej pozycji wykazu dostaw, czego niezbicie dowodzą przedstawione wraz z wyjaśnieniami dokumenty.

Warto przy tym zauważyć, iż Zamawiający powołując się w rozstrzygnięciu postępowania na własne wyjaśnienia, które przeprowadził u odbiorcy kwestionowanej dostawy wskazał jedynie, iż kierownik Jednostki Wojskowej 2305 oświadczył, iż przedmiotem zamówienia p.n. „Modernizacja systemu VSAT - dostawa modemów, integracja, włączenie

w system” była modernizacja. Nie sposób spodziewać się innej odpowiedzi skoro tak literalnie brzmiała nazwa postępowania i tak nazwany został przedmiot umowy, jednakże Zamawiający oceniając czy dana pozycja wykazu potwierdza spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia winien zbadać dokładnie czy rzeczywiście wskazana pozycja nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. W tym wypadku Zamawiający pomijając dowody dołączone do wyjaśnień z dnia 4 listopada 2013 r. dokonał błędnej oceny i bezzasadnie stwierdził, że przedmiotowa pozycja nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

pozycja 4 wykazu

W pozycji 4 wykazu dostaw Odwołujący wskazał „Modernizację mobilnego terminala VSAT - dostawa modemów, integracja, włączenie w system” o wartości brutto 258 020,79 zł, na rzecz Jednostki Wojskowej 4101. Jednocześnie wraz z ofertą załączył pismo dowódcy jednostki potwierdzające należyte wykonanie zamówienia.

Zamówienie również zostało zakwestionowane przez Zamawiającego, czemu dał wyraz w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 4 listopada 2013 r. W odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia i przedstawił dowody potwierdzające, iż przedmiotem umowy zawartej z JW 4101 również były dostawy sprzętu łączności satelitarnej, pomimo formalnego określenia nazwy postępowania jako „Modernizacja (...)”.

Zamawiający nie uwzględnił jednak przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień i dokumentów, na skutek czego bezpodstawnie przyjął, iż również zamówienie wykazane w poz. 4 wykazu dostaw nie stanowi dostaw o przeznaczeniu i funkcji odpowiadającym przedmiotowi zamówienia.

Na marginesie należy wskazać, iż Zamawiający bezpodstawnie, przy ocenie dostaw wskazanych w poz. 3 i 4 wykazu dostaw, oparł się wyłącznie na bardzo lakonicznych pismach z JW 4101 oraz JW 2305 i arbitralnie, bez uprzedniego wystąpienia do Odwołującego o wyjaśnienia treści dokumentów załączonych do oferty, uznał, iż zamówienia te nie potwierdzają spełniania przedmiotowego warunku wiedzy i doświadczenia.

pozycja 8 wykazu dostaw

W pozycji 8 wykazu dostaw Odwołujący wskazał zamówienie pn. „Dostawa terminali VSAT na platformie mobilnej” zrealizowane przez NDSatCom - 7 projektów. W pierwszym wezwaniu, z dnia 4 listopada 2013 r. Zamawiający wskazał brak dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, iż zamówienia wykazane w poz. 8 wykazu dostaw zrealizowane zostały przez NDSatCom GmbH. (dalej jako: NDSatCom), tj. podmiot trzeci, który udostępnił Odwołującemu zasoby, zaś okoliczność należytego wykonania tych zamówień znajduje potwierdzenie w załączonych do oferty

protokołach przekazania-odbioru. Odwołujący wyjaśnił, iż protokoły te stanowią potwierdzenie świadczące o należyście zrealizowanej umowie, a ponadto załączył dodatkowo oświadczenie tego podmiotu o należytych wykonaniu dostaw.

Zamawiający wezwał jednak ponownie pismem z dnia 22 listopada 2013 r. do uzupełnienia dokumentów dotyczących pozycji wykazu nr 8, tym razem precyzując, że wzywa do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego w oryginale oraz dokumentu stwierdzającego, że osoba podpisująca oświadczenie działa zgodnie z reprezentacją. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zawiera wymaganych, jego zdaniem informacji.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego w oryginale było zbędne. Przede wszystkim podkreślić należy, iż Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie wymagał złożenia tego oświadczenia w oryginale, wręcz przeciwnie, w pkt 3 Rozdziału VI SIWZ wyraźnie wskazał, iż dokumenty i oświadczenia składane wraz z ofertą można składać w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a w przypadku zobowiązania podmiotu trzeciego - przez wykonawcę lub podmiot trzeci. Jedyne wyjątki zastrzeżone zostały w pkt 6 Rozdziału VI SIWZ na rzecz dokumentów potwierdzających wniesienie wadium, gdzie dopuszczono wyłącznie ich złożenie w oryginale oraz w pkt 11 Rozdziału VI SIWZ gdzie zastrzeżono możliwość żądania oryginału dokumentu lub jego kopii potwierdzonej notarialnie wyłącznie wtedy, gdy złożona przez Wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości.

Następnie stwierdzić należy, że zakres wezwania odnoszący się do braku w treści oświadczenia informacji wymaganych w pkt. 2) lit. a -d SIWZ odnoszących się do zobowiązania podmiotu trzeciego jest błędny i wskazuje na całkowitą dowolność w interpretacji zapisów SIWZ przez Zamawiającego. Zauważyć bowiem należy, iż w cytowanym przez Zamawiającego w wezwaniu pkt 2 Rozdziału IV SIWZ pod słowem UWAGA znalazły się następujące instrukcje dla wykonawców:

„Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 2.1-2.3 udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny,

czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda:

1) w przypadku warunku, o którym mowa w pkt 2.3 - dokumentu, o którym mowa w pkt 2.3.1.

2) oświadczenia wykonawcy określającego:

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,

b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,

c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,

d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”

Zamawiający wprost wskazał, że złożenia stosownego oświadczenia dotyczącego szczegółów udostępnienia będzie żądał od wykonawcy składającego ofertę, nie zaś jak próbował Zamawiający interpretować już na etapie oceny ofert - od podmiotu trzeciego. Tym samym, swoim wezwaniem Zamawiający wprowadził w błąd Odwołującego, żądając przedłożenia dokumentów, których zadać nie mógł w świetle obowiązujących przepisów i zapisów własnej SIWZ.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedstawił jednak oświadczenie o udostępnieniu zasobów firmy NDSatCom w oryginale wraz z tłumaczeniem, które zawierało wszelkie wymagane przez Zamawiającego informacje. Jedynie dodatkowo do zobowiązania załączony został dokument z wykazem sprzętu określający bardzo szczegółowo zakres planowanych przez NDSatCom dostaw w ramach przyszłego zamówienia. Sama treść zobowiązania określa szczegółowo, iż w ramach udostępnienia wiedzy i doświadczenia podmiot ten będzie realizował dostawy sprzętu łączności satelitarnej VSAT i oprogramowanie. Całkowicie zbędne i nieuzasadnione jest w tym wypadku badanie dodatkowego dokumentu, z którego wynika szczegółowy zakres dostaw planowanych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Samo oświadczenie woli o udostępnieniu zasobów wprost wyrażone zostało w treści zobowiązania. Niezasadnym jest wywodzenie przez Zamawiającego, że przedłożenie załącznika do zobowiązania bez tłumaczenia tego dokumentu świadczy o pozorności udostępnienia zasobów. Na marginesie wskazać należy, iż kwestionowany dokument zawiera co do zasady nazwy własne oferowanych urządzeń, które i tak brzmiałyby identycznie w przypadku dokonania tłumaczenia tego dokumentu. Z powyższego wnika, że Zamawiający winien co najwyżej wezwać do uzupełnienia oświadczenia Odwołującego co do szczegółów udostępnienia zasobów, czego jednak zaniechał.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TCom S.A. i odrzucenia jego oferty, pomimo niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu

pozycja 2 wykazu dostaw TCom

Na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca TCom w pozycji 2 wykazu dostaw złożonego wraz z ofertą wskazał wykonanie na rzecz Centrum Wsparcia Teleinformatycznego (dalej CWT) zdania p.n. „Dostawa i montaż terminali satelitarnych oraz serwis specjalistyczny”. Jednocześnie wraz z wykazem, na potwierdzenie, że przedmiotowe zamówienie zostało wykonane należycie, TCom przedłożył referencje, z których wynika, iż przedmiotem zamówienia było siedem zadań polegających na „kompleksowym zabezpieczeniu systemu satelitarnego”. Dodatkowo wskazano, iż TCom w ramach realizacji zamówienia dostarczył anteny.

Pomimo, iż Zamawiający bardzo wnikliwie badał referencje wystawione na rzecz Odwołującego, w stosunku do wykonawcy TCom jakiegokolwiek kroki wyjaśniające zakres wykonanych prac, którymi wykonawca wykazał się na potwierdzenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia, pomimo oczywistej sprzeczności pomiędzy treścią wykazu i referencji, Zamawiający podjął dopiero po zgłoszeniu, przez Odwołującego, uwag co do treści referencji wystawionych na rzecz TCom.

Zwrócił się on pismem z dnia 20 grudnia 2013 r. do CWT pytając o charakter wykonanych zamówień oraz zakres przedmiotowy i pieniężny dostaw wykonanych w ramach przedmiotowych zamówień. Szef Centrum Wsparcia Teleinformatycznego pismem z dnia 23 grudnia 2013 r. jednoznacznie oświadczył, iż „umowy uwidocznione w przedmiotowych referencjach były umowami usługowymi. W celu realizacji umów firma była zobowiązana do dostarczenia sprzętu satelitarnego potrzebnego do ich wykonania. Przed w trakcie jak też po zakończeniu umów nie nastąpiło przeniesienie własności sprzętu satelitarnego na Zamawiającego.” Z powyższego wynika wprost, iż zamówienia zrealizowane na rzecz CWT nie mogą zostać zakwalifikowane jako zamówienia odpowiadające rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Bez względu na to czy do weryfikacji spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia użyje się definicji dostawy zawartej w kodeksie cywilnym czy ustawie Pzp, konstrukcyjnym elementem dostawy jest przeniesienie własności zbywanej rzeczy na nabywcę. Zgodnie z art. 605 kodeksu cywilnego: *Przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny.* Natomiast definicja zawarta w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje różne formy dostawy, jednak przy zachowaniu elementu konstrukcyjnego

w postaci „nabycia rzeczy”. Jakakolwiek inna forma dostarczenia rzeczy nieprzewidująca przeniesienia własności powinna zostać potraktowana jak usługa, nie zaś dostawa. W związku z tym z całą pewnością należy wykluczyć, że w ramach zamówienia, które TTCom wykonał na rzecz CWT wykonano dostawę. Sam odbiorca tego zamówienia określił umowy jako usługowe i podkreślił, że w ramach tych umów przeniesienie własności nie nastąpiło. W takiej sytuacji zamówienia wykonane na rzecz CWT nie mogą zostać potraktowane jako potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie całkowicie nieprzydatne okazują się wyjaśnienia wykonawcy TTCom złożone 23 grudnia 2013 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2013 r., ponieważ są one sprzeczne z oświadczeniem odbiorcy usługi - CWT, a w rezultacie należy przyjąć, iż wykonawca TTCom złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego oczywistym według Odwołującego jest, że pozycja 2 wykazu dostaw złożonego przez TTCom nie może zostać potraktowana jako potwierdzająca spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

pozycje 3 i 4 wykazu dostaw TTCom

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia TTCom wskazał również dwa zamówienia pn. „Dostawa systemu satelitarnego VSAT” wykonane na rzecz firmy Orange Polska. Oczywiście sama nazwa zamówień zamieszczona w wykazie dostaw zdaje się nie budzić wątpliwości. Jednak z treści referencji wystawionej przez Orange wynika, że przedmiotem umów nie były dostawy systemu VSAT tylko, w obu przypadkach, zabezpieczenie systemu satelitarnego. Jedynie na marginesie wskazano, że do wykonania zamówień dostarczono anteny różnych rodzajów. Również i w przypadku zamówień zrealizowanych na rzecz Orange, Zamawiając podjął jakiegokolwiek kroki wyjaśniające rzeczywisty przedmiot dostaw dopiero po pisemnym zgłoszeniu, w dniu 18 grudnia 2013 r., przez Odwołującego wątpliwości.

Zamawiający 18 grudnia 2013 r. zwrócił się do firmy Orange z prośbą o wyjaśnienie zakresu kwestionowanych zamówień oraz - do Wykonawcy TTCom - z prośbą o ustosunkowanie się do zarzutów sformułowanych w treści pisma Odwołującego i przedłożenie dowodów potwierdzających stanowisko.

Wykonawca TTCom w wyjaśnieniach z 23 grudnia 2013 r. zaprzeczył jakoby zamówienia wykonane na rzecz Orange nie były dostawami, jednakże nie wykazał ani nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Nie wyjaśnił jednocześnie w żaden sposób rozbieżności pomiędzy opisem zamówień wskazanych w wykazie dostaw

jako dostawa, a referencjami, z których wprost wynika, że umowy obejmowały konserwację czyli usługę.

W dniu 30 grudnia 2013 r. wykonawca TTCom z własnej woli przedstawił dodatkowo dokumenty, które rzekomo miały stanowić potwierdzenie przez firmę Orange zakresu zrealizowanych dostaw, a de facto były oświadczeniem własnym TTCom, stwierdzającym, że wartość dostaw w ramach zamówień zrealizowanych dla Orange przekracza 9 mln zł. Podkreślić należy jednak, iż wartość wymienionych przez TTCom urządzeń, które dostarczył w ramach wykonania przedmiotowych zamówień dla Orange, z pewnością nie przekroczyła 9 mln zł. Już z pobieżnej analizy wynika, że cena tych urządzeń została znacznie zawyżona celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie może w żaden sposób zostać uznana za wiarygodną.

Biorąc od uwagę powyższe, należy stwierdzić, że wykonawca TTCom w żaden sposób nie wykazał spełniania warunków wiedzy i doświadczenia, a nadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

pozycja 3 i 4 wykazu osób

W pkt 1.3. b rozdziału V SIWZ Zamawiający wymagał dysponowania m.in. 2 osobami posiadającymi „minimum 3 letnie doświadczenie w zakresie wsparcia technicznego systemów zawierających poniżej wymienione komponenty:

- Modemy VSATSkyWAN 7.Xsystem zarządzania SkyNMS3.X
- Urządzenia i oprogramowanie sieci LAN/WAN w szczególności: Cisco CSACS, ASA 55xx, WAAS serwery zarządzające i akceleratory, ISR G1 i G2 wraz funkcjami CME, CWORKS
- Urządzeń VC w tym: Tandberg/Cisco TMS, VCS oraz terminale VC.”

W wykazie osób załączonym do oferty, na potwierdzenie spełniania warunku, wykonawca TTCom wskazał, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w tym: Panem Piotrem Cz. i Panem Tomaszem B. Jednocześnie na stronach 61 i 62 TTCom złożył oświadczenia prezesa zarządu firmy Netformers Sp. z o.o. potwierdzające zakres kwalifikacji Panów Cz. i B. Ponadto zważyć należy, iż Piotr Cz. i Tomasz B. są obecnie wiceprezesami zarządu Netformers Sp. z o.o., co oznacza, że pozostają w dyspozycji tej firmy i pozostają w jej dyspozycji. W ofercie TTCom brak jest natomiast oświadczenia podmiotu trzeciego - Netformers Sp. z o.o. o udostępnieniu potencjału osobowego w postaci wskazanych dwóch osób. TTCom w sposób nieuprawniony posługuje się więc pracownikami podmiotu trzeciego na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż nie wykazał faktycznego dysponowania tymi osobami na dzień składania ofert.

Obowiązkiem Zamawiającego było zatem wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TTCom pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu mające wpływ na wynik postępowania.

W wyjaśnieniach wykonawcy TTCom złożonych w dniu 23 grudnia 2013 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 18 grudnia 2013 r. znalazły się nieprawdziwe oświadczenia TTCom. Skoro bowiem wykonawca ten twierdzi, że przedmiotem zamówień dla CWT była m.in. „dostawa urządzeń (systemów) łączności satelitarnej” oraz, że „doszło zatem do wykonania kompleksowej dostawy sprzętu”, a sam odbiorca zamówienia - Centrum Wsparcia Teleinformatycznego - że umowy miały charakter usługowy i nie nastąpiło przeniesienie własności żadnych urządzeń, to wykonawca TTCom w swoich wyjaśnieniach w sposób oczywisty mija się z prawdą. Takie informacje wskazane przez TTCom w wyjaśnieniach z dnia 23 grudnia 2013 r. należy uznać za informacje nieprawdziwe w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca złożył je ewidentnie w celu uzyskania zamówienia. Jako wykonawca przedmiotowych usług na rzecz CWT, doskonale zdawał sobie sprawę z charakteru usługowego umów i z pewnością wiedział, że ramach tych umów nie przeniósł własności żadnego sprzętu na odbiorcę usługi. Ponadto w oświadczeniu z dnia 27 grudnia 2013 r. TTCom świadomie i celowo oświadczył, iż wartość dostaw wykonanych dla Orange przekroczyła 9 mln zł, co jest obiektywnie informacją nieprawdziwą. Nawet przy założeniu, że TTCom dostarczył wymieniony sprzęt po rażąco wygórowanych cenach, nie ma możliwości, aby wartość tego sprzętu przekroczyła 9 mln zł. Dlatego nieprawdziwe informacje zostały przez wykonawcę TTCom złożone celowo i z pełną świadomością ich nieprawdziwości. Dodatkowo należy zauważyć, że wobec faktu, iż umowy wskazane przez TTCom w pozycjach 2, 3 i 4 wykazu nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nieprawdziwe informacje dotyczące umów zrealizowanych przez TTCom na rzecz CWT i Orange mają wpływ na wynik postępowania. Ponieważ wykonawca TTCom, na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przedstawił informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, stąd nie jest możliwe uzupełnienie wykazu dostaw o nowe pozycje. TTCom składając celowo oświadczenie nieprawdziwe, zamknął sobie tym samym drogę do wykazania się innymi dodatkowymi zamówieniami.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TCom, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ

Przedmiotem zamówienia jest dostawa stacji VSAT wraz z szeregiem usług zmierzających do zapewnienia prawidłowego działania tej stacji oraz serwisem technicznym. Zamawiający celem weryfikacji czy oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia spełnia jego wymagania, ustanowił obowiązek wykonania testów akceptacyjnych oferowanego sprzętu. Od wyników tego testu zależało potwierdzenie zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ, a nieprawidłowe wykonanie testów obarczone było sankcją odrzucenia oferty z postępowania. Zamawiający szczegóły dotyczące wykonania testów akceptacyjnych zawarł w załączniku nr 8 do SIWZ określając sposób weryfikacji działania urządzeń. Jednocześnie w wyroku z 2 września 2013 r. (sygn. akt 2015/13) zapadłym w sprawie ustalenia treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, że sankcją za negatywne wykonanie testów jest odrzucenie oferty. Warto zauważyć, że Zamawiający, podczas rozpoznawania odwołania o sygn. 2015/13 stanowczo stwierdził, iż „Ocenie podczas testów akceptacyjnych będą podlegać wyłącznie te urządzenia, które stanowią przedmiot oferty” oraz „sprawą oczywistą jest skutek negatywnego wyniku testów: oferta zostanie odrzucona”. Ponadto Zamawiający wskazał również, że przeprowadzenie testów ma na celu techniczną ocenę oferty i jest związane z sankcją odrzucenia wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podczas testów sprzętu wykonawcy TCom wykonanych w dniu 9 grudnia 2013 r. sporządzony został stosowny protokół. Wskazać należy, iż na stronie drugiej protokołu z testów w pkt. 1.2.2. b) w rubryce „Potwierdzenie spełniania wymagań WYNIK” zaznaczono NIE - wynik negatywny. Oznacza, to, że w zakresie pkt. 1.2.2. b) Wykonawca TCom nie uzyskał pozytywnego wyniku testu. Z niewiadomych przyczyn, na ostatniej stronie, całość testu mimo wszystko została zaakceptowana jako pozytywna. Z treści protokołu z testów wynika zatem jednoznacznie, iż oferta TCom nie odpowiada treści SIWZ, a zatem podlega odrzuceniu.

Istotne przy tym jest, że Zamawiający nie może na etapie oceny ofert swobodnie interpretować zapisów SIWZ. W szczególności nie jest dozwolone, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, odstępianie od odrzucenia oferty pomimo obiektywnego komisijnego stwierdzenia, że przesłanka do odrzucenia oferty zaistniała (wpis w pkt. 1.2.2. b) protokołu z testów). W treści SIWZ Zamawiający nie wskazał, które z wymagań testowych będzie traktował jako obowiązkowe, nie wskazał też liczby pojedynczych testów, których negatywna ocena nie będzie powodowała odrzucenia oferty, ani minimalnej liczby testów, których wynik pozytywny pozwoli na pozytywną ocenę całego testu. W takiej sytuacji, przy istniejących zapisach SIWZ, Zamawiający nie pozostawił

możliwości popełnienia błędu przy testach. Konieczna była pełna, całkowita zgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego. Jakakolwiek niezgodność z wymaganiami, a więc negatywny wynik nawet jednego pojedynczego testu skutkuje odrzuceniem oferty z powodu niezgodności z SIWZ.

Dodatkowo podkreślono, iż na pierwszej stronie przedmiotowego dokumentu znajduje się notatka, zgodnie z którą „Testowany miał być sprzęt, który ma być zakupiony, a nie ten który wykonawca być może dostarczy”. Treść notatki jest całkowicie zgodna ze stanowiskiem Zamawiającego prezentowanym podczas odwołania KIO 2015/13, tj. że badaniu podlegają jedynie te urządzenia, które są przedmiotem oferty. Z treści notatki wynika wprost, że Zamawiający, po przeprowadzeniu testów akceptacyjnych zdawał sobie sprawę z faktu, iż zaofertowany przez TCom przedmiot nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego zawartym w treści SIWZ, zaś zobowiązanie TCom zawarte w uwagach do pkt. 1.2.2. b) protokołu wskazuje, iż na etapie realizacji zamówienia proponowane jest dostarczenie innego sprzętu niż ten, który stanowił przedmiot testów, a zatem również przedmiot oferty. Już ten fakt winien spowodować negatywny wynik testu i odrzucenie oferty wykonawcy TCom. Podkreślić należy, iż w toku badania i oceny ofert nie można prowadzić negocjacji treści oferty, a akceptacja ww. zobowiązania TCom prowadzi właśnie do zmiany treści oferty, a zatem również do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający, pomimo, że podczas testów sprzętu TCom wprost wskazano negatywny wynik testu, zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wobec oświadczeń składanych podczas postępowania odwoławczego dotyczącego testów, a także w związku z brzmieniem zapisów SIWZ, w tym załącznika nr 8, oczywistym jest, że brak pozytywnego wykonania testów skutkuje odrzuceniem oferty. W tej sytuacji naruszenie przez Zamawiającego art. 89 pkt 2 ustawy Pzp jest rażące.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w sposób rażący naruszył zasady równego traktowania wykonawców, co wprost doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp rozstrzygnięcia i wyboru oferty najkorzystniejszej. Przed wszystkim Zamawiający w sposób krzywdzący dla Odwołującego dokonał badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w okolicznościach wzywania do wyjaśnień i uzupełnień. Podkreślić należy, iż już w listopadzie 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia uzupełnień i wyjaśnień, a także skierował stosowne pisma do odbiorców dostaw wyszczególnionych

w wykazie dostaw. W stosunku do wykonawcy TTCom tę samą procedurę zastosował dopiero w drugiej połowie grudnia 2013 r., jedynie z powodu zgłoszenia przez Odwołującego nieprawidłowości w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków przez TTCom.

Ponadto zapytania Zamawiającego do podmiotów odbierających usługi wykonane przez wykonawcę TTCom są stronnicze i sugerują odpowiedzi na korzyść wykonawcy, podczas, gdy podobne pytania dotyczące referencji Odwołującego formułowane są w sposób sugerujący negatywne odpowiedzi. Ponadto badając spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający przyjął arbitralnie - bez wystąpienia do Odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień - że wykaz dostaw w poz. 3 i 4 nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczeniu i już w pierwszym piśmie wezwał do uzupełnienia w tym zakresie wykazu dostaw, istotnie ograniczając tą czynnością możliwość ewentualnego wykazania się dodatkowymi dostawami. W stosunku do wykonawcy TTCom Zamawiający nie zastosował analogicznej procedury, wyjaśniając jedynie wątpliwości i prosząc o ustosunkowanie się do zarzutów zawartych w piśmie Odwołującego z 18 grudnia 2013 r. Takie działanie świadczy wprost o nierównym traktowaniu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe doprowadziło wprost do skrajnie niekorzystnej dla Odwołującego interpretacji zakresu dostaw, którymi wykazywał się na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podczas, gdy zupełnie inne podejście do dostaw wskazanych przez wykonawcę TTCom doprowadziło do niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny jego oferty i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Ponadto Zamawiający zmienił dla wykonawcy TTCom zasady oceny testów urządzeń. Początkowo Zamawiający twierdził, że oczywistym jest, iż negatywny wynik testów oznacza odrzucenie oferty, następnie zmienił zdanie tylko po to, aby utrzymać ofertę TTCom w postępowaniu i dokonać wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Warto przy tym zauważyć, że testy przeprowadzone na sprzęcie Odwołującego dały w całości, w każdym z pojedynczych testów wynik pozytywny, co wynika z faktu, że Odwołujący skrupulatnie przygotował urządzenia do weryfikacji. Niedopuszczalnym jest, aby złagodzone zasady oceny testów stosować tylko wobec jednego wykonawcy, gdy drugi z uczestników postępowania był w stanie prawidłowo przygotować sprzęt celem uzyskania pozytywnego wyniku testu.

Ponadto całokształt czynności związanych z oceną ofert i naruszenie poszczególnych wskazanych w odwołaniu przepisów, świadczy o tym, że Zamawiający faworyzował wykonawcę TTCom, czym w sposób niedopuszczalny naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Każdy bowiem z wykonawców składających ofertę winien być traktowany wedle tych samych kryteriów i systemów oceny. W niniejszym stanie

faktycznym nierówne traktowanie wykonawców doprowadziło do niezgodnego z przepisami wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TTCom i w konsekwencji nieprawidłowego wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W takim stanie faktycznym wniesienie odwołania Odwołujący uznał za niezbędne i konieczne.

W dniu 13 lutego 2014 roku do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca TTcom S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca, przedstawiając szeroką argumentację prawną, wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający, składając pisemną odpowiedź na odwołanie, wskazywał, że jest ono niezasadne i winno być oddalone w całości.

Na rozprawie Strony oraz Uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Zamawiającego z wykonawcami i podmiotami trzecimi, pozostałe dokumentacji postępowania, dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania na rozprawie, włączonych w poczet materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, 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, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym wykluczenie Odwołującego, którego oferta była najkorzystniejsza cenowo, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia

Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego ustalono, że:

Zamawiający w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu żądał posiadania niezbędnego doświadczenia zawodowego. Wykonawcy byli zobowiązani wykazać się doświadczeniem w realizacji dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, określeniem rodzaju dostarczanego sprzętu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane o wartości co najmniej 8 600 000 zł (dla zadania nr 1).

Wykonawca Odwołujący wraz z ofertą (str. 70) złożył tabelę „Wykaz dostaw”, w której ujął następujące pozycje:

- 1) System VSAT – 2 kpl. – dostawa, uruchomienie, integracja – o wartości brutto 5 320 000,00 zł, wykonana na rzecz JW. 4724 Kraków;
- 2) VSAT militarny terminal satelitarny 1 kpl. – dostawa uruchomienie, integracja – o wartości brutto 1 389 916,98 zł, wykonana na rzecz JW. 4724 Kraków;
- 3) Modernizacja systemu VSAT – dostawa modemów, integracja, włączenie w system – o wartości brutto 1 604 129,03 zł, wykonana na rzecz JW. 2305 Warszawa;
- 4) Modernizacja mobilnego polowego terminala VSAT – dostawa modemów, integracja, włączenie w system – o wartości brutto 258 020,79 zł, wykonana na rzecz JW. 4101 Lubliniec;
- 6) Dostawa terminali satelitarnych IDirect, EXPLOREL 700 – o wartości brutto 37 515,00 zł, wykonana na rzecz WZŁ nr 2.
- 7) Dostawa stacji satelitarnej specjalnej VSAT na platformie mobilnej dla JW. 2305 – o wartości brutto 2 196 780,00 zł.
- 8) Dostawa terminali VSAT na platformie mobilnej zrealizowane przez NDSatCom – o wartości brutto 18 616 589,43 zł, umowy ND SatCom z zamawiającymi.

Do tabeli załączono dokumenty mające potwierdzać należyte wykonanie zamówień oraz zobowiązanie do współpracy firmy ND SatCom GmbH z Niemiec.

Przy decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego Zamawiający zakwestionował pozycje 3, 4, 8 wykazu. W ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający występował zarówno do

wykonawcy składającego ofertę oraz do jednostek, które wystawiły referencje z prośbą o zajęcie stanowiska odnośnie wymienionych pozycji.

W przypadku pozycji nr 3 i 4 wykazu dostaw Odwołującego, Zamawiający zwrócił się z pytaniem do dowódców jednostek, czy umowa, na którą powołuje się w wykazie Odwołujący dotyczyła usługi czy dostawy.

Z wyjaśnień udzielonych przez jednostkę 2305 (pozycja nr 3 wykazu) wynikało, że przedmiotem umowy była modernizacja. Dowódca jednostki nr 4101 (pozycja nr 4 wykazu) oświadczył, że przedmiotem umowy była usługa polegająca na remoncie sprzętu łączności i informatyki dla jednostki, remont dotyczył mobilnego polowego terminala VSAT z dostosowaniem do pracy w istniejących wojskowych sieciach teleinformatycznych.

W tym samym zakresie, w dniu 4 listopada 2013 roku, Odwołujący, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp został wezwany do uzupełnienia wykazu w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W wezwaniu Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości co do wyżej wymienionych pozycji wykazu dostaw z oferty.

Odwołujący przesyłając stosowane wyjaśnienia polemizował ze stanowiskiem Zamawiającego. W przypadku pozycji nr 3 z wykazu dostaw załączył zestawienie materiałów użytych do modernizacji, gdzie ujął komponenty urządzeń łączności satelitarnej.

W przypadku pozycji 8 wykazu dostaw Odwołującego, wykonawca do oferty załączył list intencyjny (w formie kopii poświadczonyj za zgodność z oryginałem) oraz protokoły przekazania – odbioru zamówionych terminali. List intencyjny pełnił rolę zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia Odwołującemu niezbędnych zasobów.

W dniu 22 listopada 2013 roku wykonawca został wezwany do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego o brakujące elementy, zdaniem Zamawiającego ujęte w pkt 2 litery a – d Rozdziału VI SIWZ oraz złożenia przedmiotowego oświadczenia w oryginale. Zdaniem Zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zawierało danych o zakresie dostępnych zasobów innego podmiotu, sposobie wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, nie określało charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz nie określało zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Odwołujący przedstawił uzupełniający list intencyjny / zobowiązanie wraz z tłumaczeniem dokumentu w formie oryginału. Do tego dołączono propozycję / ofertę sporządzoną w formie tabelarycznej w języku angielskim bez podpisu i tłumaczenia.

Zamawiający uznał, że dokument ten jest zbyt ogólny, nie został w całości przedstawiony w języku polskim i podpisany, stąd udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci należy uznać za pozorne.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, uznano iż zarzut nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Rozpoczynając od twierdzeń natury ogólnej, dostrzeżenia wymaga, że obowiązek wykazania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia określone warunki udziału w postępowaniu, spoczywa zawsze na podmiocie zainteresowanym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia w tym zakresie. Wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy na skutek braku wymaganej staranności w postaci błędnego sporządzenia oferty, błędnego uzupełnienia dokumentów nie wykazali w dopuszczalnej formie i w dopuszczalny sposób spełniania warunków udziału. Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o domniemania i przypuszczenia. Ze złożonych przez wykonawcę dokumentów powinno niezbitnie wynikać, że wykonawca ten spełnia określone przez Zamawiającego warunki. W przypadku istnienia jakichkolwiek wątpliwości, przemawiają one na niekorzyść wykonawcy, ponieważ zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, to na nim spoczywa obowiązek wykazania, że ustalone warunki, również w zakresie wykazania należytego wykonania realizowanych dostaw, spełnia. Ze wszystkich zgromadzonych w postępowaniu dokumentów nie sposób wywieść, że wykonawca Odwołujący udowodnił niezbitnie posiadanie niezbędnego doświadczenia zawodowego przedstawiając wykaz dostaw załączony do oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, ponad wszelką wątpliwość zgodzić należy się z Zamawiającym w jego ocenie pozycji nr 4 wykazu dostaw. W żaden sposób, nawet przy przyjęciu najbardziej korzystnej dla Odwołującego interpretacji pojęć, remontu sprzętu łączności nie można uznać za dostawę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i warunku udziału w postępowaniu. Co prawda przy wykonywaniu remontu sprzętu, niewątpliwie konieczne jest zapewnienie elementów warunkujących wykonanie samej naprawy, materiałów zamiennych, podzespołów, ale takich czynności nie można uznać za dostawę sprzętu w rozumieniu ustalonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunku udziału. Zapewnienie takich materiałów prowadzi do osiągnięcia celu, jakim jest przywrócenie stanu użyteczności przedmiotowi remontowanemu, nawet jeżeli w ostateczności naprawa (remont) prowadzi do wymiany starego sprzętu na nowy. Z tych powodów decyzję Zamawiającego o niezaliczeniu pozycji nr 4 do spełniającej warunki udziału należało uznać za prawidłową.

Odnosnie pozycji nr 3 wykazu dostaw Odwołującego i możliwości zaliczenia na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu czynności polegającej na modernizacji sprzętu, zauważyć należy, że aby móc zakwalifikować modernizację jako dostawę odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, dostawa sprzętu w ramach modernizacji odpowiadać musiałaby przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia, a tego Odwołujący nie wykazał. Nawet gdyby uznać, że nie miał racji Zamawiający co do charakteru umowy, a w ramach modernizacji wykonano rzeczywiście dostawę sprzętu, to obowiązkiem Odwołującego było przedłożenie nie tylko listy urządzeń dostarczonych w ramach modernizacji, ale wykazanie, że całą kwotę za tę umowę można zaliczyć do potwierdzenia spełniania warunku, na co pozwoliłby przedłożenie specyfikacji urządzeń i komponentów z kosztorysem. Tymczasem wykonawca załączył tylko listę materiałów użytych do modernizacji, która (jak okazało się na rozprawie po przedłożeniu przez Zamawiającego załącznika rzeczowego), kwotowo tylko w niewielkiej części mogłaby potwierdzać spełnianie warunku. Z tych powodów decyzję Zamawiającego o niezaliczeniu pozycji nr 3 do spełniającej warunki udziału należało uznać za prawidłową.

Decydujące znaczenie zatem o tym, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu miała ocena dostawy ujętej w punkcie 8 wykazu dostaw znajdującego się w ofercie Odwołującego.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków. W przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego, to wykonawca musi udowodnić, że dysponowanie zasobami ma charakter rzeczywisty i może to uczynić przedstawiając na przykład pisemne zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp skorzystał załączając do oferty list intencyjny z dnia 20 sierpnia 2013 roku wystawiony przez ND SatCom GmbH. Następnie na skutek wezwania Zamawiającego przedłożono list intencyjny / zobowiązanie z dnia 25 listopada 2013 roku. Pierwszy z dokumentów wyjaśniał, że *„zakładając, że firma Kenbit (...) otrzyma od Jednostki Wojskowej nr 4226 do realizacji projekt Dostawa sprzętu łączności satelitarnej, procedura nr D/113/2013 nasza firma (...) udzieli swojej wiedzy i wsparcia niezbędnego dla realizacji tego projektu, zgodnie z wyspecyfikowaniem w odnośnej ofercie dla ww. projektu”*. Drugi z dokumentów wskazywał, że *„charakter prawny łączący z głównym wykonawcą:*

propozycja/oferta (techniczna i finansowa) złożona w dniu 21 czerwca 2013 roku gwarantująca rzeczywisty dostęp do zasobów”.

Abstrahując od tego, czy Zamawiający w sposób prawidłowy wezwał wykonawcę do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w formie oryginału i czy to zobowiązanie powinno zawierać wszystkie elementy wymienione w Rozdziale VI SIWZ oraz czy elementy te mogłyby wynikać z oświadczenia złożonego przez samego wykonawcę, stwierdzić należy, że wykonawca Odwołujący nie wykazał przede wszystkim całokształtem przedstawionych dokumentów, iż na zasobach podmiotu trzeciego może polegać w sposób realny.

Pierwszy z listów intencyjnych był bardzo lakoniczny w swej treści. W zasadnie nic więcej oprócz nazwy podmiotu udzielającego zasoby i okoliczności, że udostępniana jest wiedza i wsparcie niezbędna dla realizacji projektu, nie da się z treści dokumentu wyczytać. Oznacza to, że wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawcy mające na celu uzupełnienie dokumentu było właściwe.

Drugi list intencyjny, choć zawiera więcej elementów, można na jego podstawie określić jaki jest zakres udostępnianych zasobów podmiotu trzeciego, to w zakresie charakteru stosunków łączących Odwołującego i podmiot udostępniający oraz sposobu wykorzystania zasobu innego podmiotu dokument ten odwołuje się do załącznika, który przedstawiony został bez podpisu w języku angielskim. Na podstawie nieprzetłumaczonego załącznika można jedynie domniemywać, że korzystanie z zasobów polegało będzie między innymi na dostawie komponentów na potrzeby realizacji zamówienia, a dostarczającym ten komponenty będzie podmiot udostępniający. Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może jednak domniemywać. Jak zauważono w uzasadnieniu wcześniej, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania realnej możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego i wykazania wszystkich kluczowo istotnych elementów, które z korzystaniem z zasobów podmiotu trzeciego się wiążą. Wykonawca winien więc był złożyć tabelaryczne zestawienie będące, jak się okazało na rozprawie, istotną częścią oświadczenia woli podmiotu trzeciego, w prawidłowej formie, z podpisem i tłumaczeniem na język polski.

W ocenie składu orzekającego Izby możliwe było zawarcie elementów wynikających z rozdziału VI SIWZ w oświadczeniu wykonawcy razem z innymi dokumentami pochodzącymi od podmiotu udostępniającego zasoby. Byłoby to działanie zgodne z postanowieniami § 1 pkt 6 Rozporządzenia o dokumentach. Wykonawca jednakże, choć, jak wynika ze złożonych wyjaśnień, podzielał pogląd Izby, tego nie uczynił. Nic nie stało na przeszkodzie, aby razem z drugim listem intencyjnym złożyć własne oświadczenie i uzupełnić je oświadczeniem woli podmiotu trzeciego. Nie do końca można zgodzić się bowiem z tezą, że z treści § 1 pkt 6 Rozporządzenia wynika możliwość złożenia

oświadczenia tylko przez wykonawcę składającego ofertę. Zdaniem Izby z regulacji tej wynika, że to od wykonawcy żąda się dokumentów, ponieważ to wykonawca odpowiedzialny jest za złożenie oferty. Samo jednak oświadczenie wykonawcy nie może zastąpić oświadczenia woli podmiotu trzeciego, z którego niezbiecie będzie wynikało, że podmiot ten decyduje się „wspomóc” wykonawcę przy warunkach, których spełniania sam wykonawca nie może udowodnić, a stosunek między wykonawcą a podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów. W sytuacji kiedy wykonawca składający ofertę nie sprostał wymogom uzupełnienia dokumentów na wezwanie, nie może On oczekiwać, że po raz drugi będzie wezwany do uzupełnienia tych samych dokumentów w tym samym zakresie. Niewątpliwie takie zachowanie Zamawiającego stawiałoby niektórych wykonawców w uprzywilejowanej pozycji.

Na marginesie zaznaczyć należy, że stanowisko doktryny i orzecznictwa KIO co do formy zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów jest w zasadzie jednoznaczne i prezentuje pogląd wyrażony przez Zamawiającego, że za prawidłowe należy uznać złożenie zobowiązania w oryginale. Zamawiający miał więc prawo i obowiązek wystąpić do wykonawcy o złożenie dokumentu w prawidłowej formie.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy i zaniechania odrzucenia jego oferty, ustalono, że:

Przystępujący wraz z ofertą złożył tabelę „Wykaz dostaw”, w której ujął następujące pozycje:

- 1)
- 2) Centrum Wsparcia Teleinformatycznego (dalej CWT) zdania p.n. „Dostawa i montaż terminali satelitarnych oraz serwis specjalistyczny”
- 3) „Dostawa systemu satelitarnego VSAT” wykonane na rzecz firmy Orange Polska
- 4)

W dniu 23 i 30 grudnia 2013 roku wykonawca złożył wyjaśnienia odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia. Natomiast w dniu 27 grudnia 2013 roku w sprawie pozycji 3 i 4 wykazu dostaw w ofercie Przystępującego wypowiedziała się firma Orange w przedmiocie wystawionych na rzecz wykonawcy referencji.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, uznano iż zarzuty sformułowane w stosunku do oferty Przystępującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Niewątpliwie przedmiotem umów zawartych pomiędzy Przystępującym a Centrum Wsparcia Teleinformatycznego Sił Zbrojnych (pozycja 2 wykazu dostaw) było kompleksowe

zabezpieczenie systemu satelitarne, w ramach którego wykonawca dostarczał niezbędny do świadczenia usług sprzęt i wykonywał serwis specjalistyczny, w tym dostarczał urządzenia łączności satelitarnej. Wynika to wprost z § 1 ust. 2 kopii 7 umów złożonych na rozprawie przez Odwołującego oraz poświadczenia załączonego do oferty [*„Wykonawca będzie świadczył na rzecz Zamawiającego usługi transmisji danych w oparciu o łącza satelitarne VSAT. Wykonawca zobowiązuje Siudo udostępnienia sprzętu łączności satelitarnej, segmentu satelitarnego oraz eksploatacji wraz z obsługą techniczną systemu łączności satelitarnej (...) – umowa szczegółowa nr 56/2012/L z dnia 24. 10. 2012 roku*]. Odbiorca usługi CWT odpowiadając na pismo Zamawiającego wskazał, że umowy miały charakter umów usługowych, ale w celu ich realizacji firma była zobowiązana do dostarczenia sprzętu satelitarnego potrzebnego do ich wykonania. Przystępujący i CWT nie zaprzeczyli twierdzeniu, że dostawy te miały charakter czasowy, ponieważ dostarczany sprzęt był przez CWT dzierżawiony na czas wykonywania usług, nie nastąpiło przeniesienie prawa własności na CWT, a wykonawca otrzymywał zapłatę za dostarczony i instalowany sprzęt oraz miesięczną opłatę za używanie systemu łączności i serwis (§ 2 ust. 1 umowy).

Odwołujący wywodzi, że jakakolwiek inna forma dostarczenia rzeczy nieprzewidująca przeniesienia własności powinna zostać potraktowana jak usługa, nie zaś dostawa. Z twierdzeniami tymi nie można się zgodzić. Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Jak wynika z przywołanej definicji, w celu uznania danego świadczenia za dostawę w rozumieniu przepisów Pzp, elementem koniecznym tego świadczenia nie musi być przeniesienie prawa własności do rzeczy. Za taką interpretacją przemawia choćby wymienienie w katalogu przykładowych umów najmu i właśnie dzierżawy. Żadna z tych umów, na podstawie przepisów kodeksu cywilnego nie wiąże się z przeniesieniem własności. Najem polega na tym, że wynajmujący zobowiązuje się oddać przedmiot najmu do używania najemcy, na czas oznaczony lub nieoznaczony, w zamian za wynagrodzenie w postaci czynszu płaconego przez najemcę. Dzierżawa, do której stosuje się odpowiednio przepisy o najmie, polega na udostępnieniu innej osobie prawa lub rzeczy, natomiast nie przenosi własności. Istotą dzierżawy jest to, że wydzierżawiający na oznaczony czas oddaje dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków, w zamian za co dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu czynsz. Konieczną cechą dzierżawy jest więc zatem jej odpłatność, a nie przeniesienie własności. A zatem umowę polegającą na dzierżawie łącza, w ramach której dostarczono niezbędny sprzęt do korzystania z łączności satelitarnej uznać należało za mieszczącą się w pojęciu dostawy tożsamej z przedmiotem zamówienia w postępowaniu.

W przypadku pozycji 3 i 4 wykazu dostaw Przystępującego, wskazać należy, że wyjaśnienia otrzymane od Orange (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) są jednoznaczne i wynika z nich, że przedmiotem zamówienia wykonywanego w ramach umowy ramowej było kompleksowe zabezpieczenie systemu satelitarnego na potrzeby Służby Więziennej. Za przyjęciem twierdzeń przeciwnych Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Z pewnością powyższe nie wynika z zestawienia tabelarycznego złożonego na rozprawie i wydruków ze stron internetowych sklepów sprzedających sprzęt. Wydruki te mogą świadczyć jedynie, że dane sklepy w takich cenach sprzedają wymieniony sprzęt.

Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, które pozwoliłyby stwierdzić, że po pierwsze Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, a po drugie złożył w tym zakresie nieprawdziwe informacje. Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia. Odwołujący nie wskazał i nie przedstawił dowodów, na czym owo świadome i celowe działanie bądź też zaniechanie Przystępującego miałyby polegać.

Co do wykazu osób znajdujących się w ofercie Przystępującego, to dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoby wskazane do realizacji zamówienia legitymowały się minimum 3 letnim doświadczeniem w zakresie wsparcia technicznego systemów zawierających wymienione w SIWZ komponenty. Żadnych innych warunków co do zespołu osób nie przewidziano.

W ofercie Przystępującego znajduje się wykaz osób (zawierający 4 nazwiska) i oświadczenie, że wykonawca dysponuje zespołem, który posiada wymagane kwalifikacje zawodowe i doświadczenie. Pod tabelą wymieniono posiadane przez członków zespołu aktualne przeszkolenia i certyfikaty oraz opisano minimum 3 letnie doświadczenie. Posiadanie doświadczenia w przypadku osób wymienionych w odwołaniu potwierdził prezes zarządu spółki Netformers.

Za Przystępującym powtórzyć należy, że z faktu, iż panowie Piotr Cz. i Tomasz B. są członkami zarządu spółki Netformers nic dla prowadzonego postępowania nie wynika. W ocenie składu orzekającego spółka Netformers nie jest podmiotem udostępniającym swoje zasoby kadrowe, wobec tego nie była zobowiązana do złożenie oświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nad taką koniecznością można byłoby zastanawiać się, gdyby wymienione osoby były pracownikami innej firmy, natomiast jak się okazało, osoby te są pracownikami Przystępującego. Nie istnieje więc potrzeba składania jakichkolwiek innych dodatkowych dokumentów w przypadku potencjału osobowego.

Dlatego też nie uwzględniono zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp przez Zamawiającego w stosunku do oferty Przystępującego.

Odwołujący w odwołaniu wywodził, że oferta Przystępującego powinna także zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści z treścią SIWZ, ponieważ Przystępujący nie przeszedł z wynikiem pozytywnym testów zorganizowanych przez Zamawiającego w ramach oceny ofert.

Jak wynika z treści załącznika nr 8 do SIWZ (Program testów) oferent musiał wykazać się w trakcie testów wiedzą i samodzielnością w rozwiązywaniu ewentualnych problemów. Weryfikacja prowadzona była pod nadzorem Zamawiającego i to osoby wytypowane ze strony Zamawiającego podejmowały w trakcie trwania testów decyzję końcową, czy dany wykonawca przeszedł testy pozytywnie. W Programie testów nie określono, że negatywny wynik któregośkolwiek z testów cząstkowych skutkował będzie decyzją o niezaliczeniu testu w całości. Choć Odwołujący wskazywał na taki skutek, to upatrywał go w wypowiedziach Zamawiającego z rozprawy w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 2015/13, które toczyło się w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Takie zapisy nie zostały jednak przeniesione i wprowadzone do załącznika nr 8 do SIWZ. Skoro więc Zamawiający nie przewidział tak daleko idących konsekwencji na etapie konstruowania zapisów SIWZ, to na obecnym etapie postępowania nie jest na takiej podstawie prawnej możliwe odrzucenie oferty. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że uwaga zapisana w pkt. 1.2.2b protokołu z testów w przypadku oferty Przystępującego wynika z tego, że *„wykonawca ten nie dostał kodu licencyjnego, natomiast samo dostosowanie czy też wpisanie kodu nie wywoła zmiany treści oferty. Oferta ta pozostanie przedmiotowo taka sama.”* Cel testów posiadania wiedzy i umiejętności w rozwiązywaniu ewentualnych problemów, zdaniem składu orzekającego Izby, został osiągnięty. Wykonawca zidentyfikował problem i znalazł jego rozwiązanie, co przedstawił w swoim stanowisku pisemnym (str. 14 pisma procesowego Przystępującego). Wykonawca

otrzymał pozytywny wynik końcowy z testów. Oznacza to, że zarzuty zawarte w odwołaniu nie znalazły potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym i prawnym.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu. W postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, było ono prowadzone z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała zatem, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości wynikającej z faktury przedłożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....