

**Sygn. akt: KIO 1793/18**

**Sygn. akt: KIO 1820/18**

**Wyrok**

**z dnia 28 września 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Beata Pakulska-Banach**

**Członkowie:** **Anna Chudzik**

**Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant:** **Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 25 i 26 września 2018 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 7 września 2018 roku przez wykonawcę **EmiTel S.A. z siedzibą w Warszawie** - sygn. akt: KIO 1793/18;
- B. w dniu 10 września 2018 roku przez wykonawcę **Cybernetica AS z siedzibą w Tallinie (Estonia)** – sygn. akt: KIO 1820/18;

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**

przy udziale:

- A. wykonawcy **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1793/18 oraz o sygn. akt KIO 1820/18 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **CELNET Sp. z o.o. S.K. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1793/18 oraz o sygn. akt KIO 1820/18 po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. Oddala oba odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EmiTel S.A. z siedzibą w Warszawie** i wykonawcę **Cybernetica AS z siedzibą w Tallinie (Estonia)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EmiTel S.A. z siedzibą w Warszawie** i wykonawcę **Cybernetica AS z siedzibą w Tallinie (Estonia)**, tytułem wpisów od odwołań;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **EmiTel S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od wykonawcy **Cybernetica AS z siedzibą w Tallinie (Estonia)** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 1793/18**

**Sygn. akt: KIO 1820/18**

### **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „*Zaprojektowanie i budowa morskiego systemu łączności w niebezpieczeństwie GMDSS-PL*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 maja 2018 roku pod numerem 2018/S 100-227576. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 września 2018 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę WASKO S.A. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Cyberentica AS z siedzibą w Tallinie (Estonia) i odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

**Sygn. akt: KIO 1793/18**

W dniu 7 września 2018 roku wykonawca **EmiTel S.A. z siedzibą w Warszawie** (zwany dalej: „odwołującym I”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przy czym podnoszone w nim zarzuty podzielił na III części, I część – zarzuty w zakresie oferty WASKO S.A., II część - zarzuty w zakresie oferty CELNET Sp. z o. o. S.K, III część – pozostałe zarzuty.

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia:

#### Część I - zarzuty w zakresie oferty WASKO S.A.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny wynikające z braku uwzględnienia przez WASKO S.A. konieczności pozyskania od odwołującego rezerwacji częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności zbudowanego systemu z dniem 31 grudnia 2019 roku;

*ewentualnie*

art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie naruszenie w tym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., pomimo, iż cena tej oferty opiewa na kwotę poniżej kosztu wytworzenia dostaw, robót lub usług będących ich przedmiotem, a zatem jest rażąco niska i nie gwarantuje możliwości należytego wykonania zamówienia;

2. niezastosowanie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy zamawiający powinien był wezwać WASKO S.A. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie części zamówienia polegającej na kalkulacji ceny za:

a) pkt. 2 Formularza cenowego pt. Adaptacja istniejących lokalizacji do pełnienia funkcji stacji brzegowych,

b) pkt. 3.1 Adaptacja ośrodka nadawczo-odbiorczego Gdynia,

c) pkt. 3.2 Adaptacja ośrodka nadawczo-odbiorczego Świnoujście,

d) pkt. 6.2 Koszty wytworzenia oprogramowania,

co w efekcie powinno prowadzić do odrzucenia oferty WASKO S.A. z uwagi na błędne obliczenie wartości części składowych ceny zamówienia oraz przedstawienie rażąco niskiej ceny w stosunku do części przedmiotu zamówienia;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, iż WASKO S.A. wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, tj. poprzez zaniechanie wykluczenia WASKO S.A. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, a w następstwie naruszenie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., mimo, że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,  
*z ostrożności procesowej:*

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania WASKO S.A. do uzupełnienia wykazu robót - z uwagi na fakt, iż przedłożone przez WASKO S.A. do oferty wykazy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie w ten sposób zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z postępowania WASKO S.A. w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia choć wykonawca ten wymaganych warunków nie spełnił,

*ewentualnie*

art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie/i art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy WASKO S.A. pomimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnośnie osób wskazanych w wykazie osób na niektóre stanowiska, względnie, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w odniesieniu do następujących stanowisk:

- pkt. 2 Wykazu Osób, tj. Specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych (Rozdz. V pkt. 1 ppkt. 2 lit. c B tiret 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która to osoba pełni w WASKO S.A. inne funkcje i wbrew oświadczeniu z Wykazu Osób nie posiada wymaganych treścią warunku kwalifikacji;
- pkt. 2 Wykazu Osób, tj. Kierownika Projektu (Rozdz. V pkt. 1 ppkt. 2 lit. c B tiret 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie wykonawca powołuje się na projekt „systemu radiokomunikacyjnego” zamiast wymaganego SIWZ projektu dotyczącego „sieci lub systemu teleinformatycznego” i wbrew oświadczeniu z Wykazu Osób nie posiada wymaganych treścią warunku kwalifikacji;
- pkt. 3 Wykazu Osób, tj. Specjalisty ds. budowlanych (Rozdz. V pkt. 1 ppkt. 2 lit. c B tiret 3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą to osobą WASKO S.A. nie dysponuje samodzielnie jak wskazano w wykazie osób, gdyż z powszechnie dostępnych informacji wynika, że osoba ta jest zatrudniona w firmie Gastel Prefabrykacja S.A.,

*ewentualnie:*

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wobec WASKO S.A. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko: (1) Kierownik projektu, (2) Specjalista ds. systemów radiokomunikacyjnych, (3) Specjalista ds. budowlanych - w zakresie doświadczenia zawodowego i sporządzenia opisu wykonywanych czynności przez te osoby we wskazanych przez WASKO S.A. projektach oraz w zakresie podania podstawy dysponowania tymi osobami.

Część II - zarzuty w zakresie oferty Celnet Sp. z o. o. S.K.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Celnet Sp. z o.o. S.K., pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny wynikające z braku uwzględnienia przez Celnet Sp. z o.o. S.K., konieczności pozyskania od odwołującego rezerwacji częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności zbudowanego systemu z dniem 31 grudnia 2019 roku;  
*ewentualnie:*  
art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie naruszenie w tym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Celnet Sp. z o. o. S.K., pomimo, iż cena tej oferty opiewa na kwotę poniżej kosztu wytworzenia dostaw, robót lub usług będących ich przedmiotem, a zatem jest też ceną rżąco niską i nie gwarantuje możliwości należytego wykonania zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Celnet Sp. z o.o. S.K., pomimo, że podmiot ten sprzecznie z poczynioną deklaracją nie ma możliwości wykonania całości przedmiotu zamówienia w systemie zapewnienia jakości określonym normą ISO 9001, a więc oferta jest sprzeczna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia;  
*ewentualnie:*  
z ostrożności, naruszenie art. 91 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie temu wykonawcy punktów w kryterium związanym z ISO, co mogło wpłynąć na pozycję tego wykonawcy w rankingu ofert;
3. niezastosowania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia oferty Celnet Sp. z o.o. S.K., w sytuacji, gdy oferta Celnet Sp. z o.o. S.K. zawierała błędy w obliczeniu ceny, które polegały na:
  - a) całkowitym pominięciu w kalkulacji ceny kosztów szkolenia, który to koszt stanowi część przedmiotu zamówienia i część składową ceny,
  - b) całkowitym pominięciu w kalkulacji ceny kosztów pozyskania badań poziomów promieniowania PEM dla potrzeb ochrony ludności,
  - c) całkowitym pominięciu w kalkulacji ceny kosztów pozyskania badań poziomów promieniowania PEM dla potrzeb BHP,
  - d) całkowitym pominięciu badań zasięgowych zbudowanych stacji brzegowych;
4. art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Celnet Sp. z o. o. S.K., pomimo, że pracownicy tego podmiotu brali uprzednio udział, jako inżynier kontraktu w projekcie budowy na rzecz zamawiającego systemu KSBM, a tym samym mieli istotny udział w czynnościach, które doprowadziły do przygotowania niniejszego postępowania;

*ewentualnie:*

z ostrożności naruszenie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury sanacyjnej i zaniechanie wezwania do wyjaśnień Celnet Sp. z o.o. S.K. w jaki sposób jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji i ewentualnie następcze wykluczenie tego wykonawcy z postępowania;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp poprzez powierzenie przez wykonawcę Celnet Sp. z o. o. S.K. całości prac związanych z systemem radiokomunikacyjnym spółce pod firmą Elvys s.r.o.l. pomimo, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nakazywała by prace związane z integracją (budową) systemu radiokomunikacyjnego były wykonywane osobiście przez oferenta, czyli Celnet Sp. z o. o. S.K.

### Część III - pozostałe zarzuty:

naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez to, iż zamawiający nie wybrał zgodnie z brzmieniem tego przepisu oferty odwołującego, choć to ona była najkorzystniejsza, zgodna z Pzp, zgodna z SIWZ, a z naruszeniem tego przepisu zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, która nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w rozumieniu tego przepisu.

W oparciu o powyższe odwołujący I wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie tych czynności;
2. ponowne dokonanie badania i oceny ofert;
3. wykluczenie z postępowania lub odrzucenie oferty wykonawcy WASKO S.A. oraz wykonawcy Celnet Sp. z o.o. S.K.;
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego na wykonanie zamówienia, jako najkorzystniejszej.

Ponadto, z ostrożności, w przypadku stwierdzenia przez Izbę przedwczesności żądania z pkt 3 powyżej, tj. nakazania wykluczenia/odrzucenia ofert wykonawców WASKO S.A. oraz Celnet Sp. z o.o. S.K., odwołujący I wnosil o nakazanie zamawiającemu wykonania następujących czynności:

1. wezwania do wyjaśnień WASKO S.A. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z zarzutem z cz. I nr 2;
2. wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy WASKO S.A. do uzupełnienia

wykazu robót zgodnie z zarzutem z cz. I nr 3;

3. wezwania do uzupełnienia dokumentu wykazu osób wobec WASKO S.A. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko: (1) Kierownik projektu, (2) Specjalista ds. systemów radiokomunikacyjnych, (3) Specjalista ds. budowlanych - w zakresie opisanego doświadczenia zawodowego i sporządzenia opisu wykonywanych czynności przez te osoby we wskazanych przez WASKO S.A. projektach oraz w zakresie podania podstawy dysponowania tymi osobami;
4. ponowne przeliczenie punktacji przyznanej w ramach kryterium „System zapewniania jakości ISO 9001” wykonawcy Celnet Sp. z o. o. S.K. i odjęcie punktów nienależnie przyznanych temu wykonawcy w tym kryterium zgodnie z zarzutem cz. II nr 2;
5. przeprowadzenie procedury z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp wobec wykonawcy Celnet Sp. z o.o. S.K. zgodnie z zarzutem cz. II nr 4.

Odwołujący I wnosił również o:

1. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego stosownie do wyniku postępowania odwoławczego,
2. obciążenie zamawiającego kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego stosownie do wyniku postępowania odwoławczego,
3. o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I podnosił, co następuje.

Odwołujący I w pierwszej kolejności podnosił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Stwierdził, iż jego oferta, choć została sklasyfikowana na 3 miejscu w toku oceny ofert to, jako jedyna spełniająca wymagania SIWZ, ma szansę być wybrana, jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, pod warunkiem prawidłowej oceny ofert, a która to czynność została wykonana przez zamawiającego wadliwie, ponieważ oferty sklasyfikowane na miejscu 1 oraz 2 powinny zostać odrzucone a wykonawcy wykluczeni z postępowania.

Dalej, odwołujący I wskazywał, że art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp należy interpretować zgodnie z dwoma jednobrzmiącymi uchwałami Sądu Najwyższego z dnia 17.11.2017 roku (III CZP 56/17, III CZP 58/17), stwierdzającymi, że zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.



Odwołujący I podkreślił, że jest świadomy brzmienia art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który pozwala kwestionować między innymi odrzucenie oferty odwołującego (gdyby wystąpiła taka sytuacja) oraz wybór oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie zauważył, że w zaistniałym stanie faktycznym ekonomika postępowania odwoławczego nakazuje rozpatrzyć istnienie podstaw do odrzucenia wszystkich ofert z pozycji 1-2, w przeciwnym razie po potwierdzeniu podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy WASKO S.A., istnieje ryzyko, że zamawiający po wykonaniu tych czynności wybierze ofertę kolejną w rankingu, pomimo istnienia podstaw do jej odrzucenia lub wykluczenia wykonawcy. W ocenie odwołującego I istnieją racjonalne podstawy, aby ocenić od razu wszystkie oferty, co do których istnieją podstawy do odrzucenia. Dodał, że nawet, jeżeli Izba nie przychyli się do tego stanowiska, to odwołujący będąc sklasyfikowany na 3 miejscu w celu wykazania interesu w skarżeniu wyboru oferty WASKO S.A. jest obowiązany wykazać podstawy do odrzucenia również pozostałych ofert.

#### Odnosnie zarzutów w zakresie oferty WASKO S.A. (część I zarzutów).

##### Ad. zarzutu nr 1:

Odwołujący I stwierdził, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy WASKO S.A. z powodu błędów w obliczeniu ceny. Wyjaśnił, co należy rozumieć pod pojęciem „błąd w obliczeniu ceny”, powołując się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08 oraz poglądy doktryny.

Odwołujący I podał, że wykonawca WASKO S.A. zadeklarował zamawiającemu, iż zapewni operacyjność systemu do dnia 31 grudnia 2019 roku. Zauważył też, iż dla zapewnienia takiej operacyjności zbudowanego systemu niezbędne jest uruchomienie stacji brzegowych po uprzednim zakończeniu wszystkich postępowań administracyjnych warunkujących uruchomienie stacji brzegowych, w tym postępowań o wydanie decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o udzieleniu pozwoleń radiowych. Odwołujący I powołał się na punkt 1.2.1.4. POZWOLENIA I ZGODY Programu Funkcjonalno-Użytkowego str. 16, będącego załącznikiem do SIWZ, z którego wynika, że w toku realizacji zadania należy zapewnić m.in. pozwolenia radiowe dla wszystkich stacji brzegowych. Podniósł, że pozwolenie radiowe jest wydawane w formie decyzji administracyjnej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, przy czym uprawnionym do uzyskania pozwolenia radiowego jest podmiot posiadający rezerwację częstotliwości, tj. uprawnienie, które również przyznawane jest na podstawie decyzji administracyjnej wydawanej przez Prezesa UKE, zgodnie z art. 114 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Odwołujący I wyjaśnił, że istota rezerwacji częstotliwości polega na udzieleniu uprawnienia do dysponowania częstotliwościami

lub zasobami orbitalnymi z wyłączeniem innych podmiotów. W świetle art. 114 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne częstotliwości objęte rezerwacją pozostają w dyspozycji adresata rezerwacji. Pozwolenia radiowe wygasają z mocy prawa, jeżeli wygasa rezerwacja częstotliwości, na podstawie której zostały one udzielone. Odwołujący I powołał się również na przepis art. 143 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, który określa skutki rezerwacji częstotliwości dla ubiegania się o pozwolenie radiowe i wskazał, iż podmiot posiadający rezerwację częstotliwości może żądać wydania pozwolenia radiowego wykorzystującego zarezerwowany zasób częstotliwości i wykonywać uprawnienia wynikające z takich pozwoleń. Zdaniem odwołującego I, powyższe oznacza, że w celu używania urządzenia radiowego konieczne jest posiadanie dwóch ww. rodzajów uprawnień, przyznawanych na podstawie decyzji administracyjnych Prezesa UKE. Pierwsze z tych uprawnień - rezerwacja częstotliwości - określa dla jej adresata wyłączne uprawnienie do korzystania z zakresu częstotliwości radiowych objętych rezerwacją na obszarze określonym rezerwacją. Sama rezerwacja częstotliwości nie jest jednak wystarczająca do używania urządzeń radiowych wykorzystujących częstotliwości radiowe objęte rezerwacją. W celu używania urządzenia radiowego w konkretnym miejscu (konkretny obiekt wysokościowy) konieczne jest uzyskanie drugiego uprawnienia, tj. pozwolenia radiowego.

Odwołujący I podkreślił, że jedynym dysponentem częstotliwości na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wykorzystywanej do łączności w niebezpieczeństwie GMDSS-PL jest on sam, co oznacza, że tylko odwołujący I ma prawo do żądania udzielenia pozwoleń radiowych na używanie urządzeń radiowych wykorzystujących częstotliwości z zakresu objętego powyższą rezerwacją częstotliwości. Jednocześnie podał, że posiada takie pozwolenia radiowe. Natomiast, wykonawca WASKO S.A., jako podmiot, który nie posiada rezerwacji częstotliwości nie może ubiegać się o wydanie pozwoleń radiowych dotyczących tego zakresu częstotliwości, a tym samym nie spełnia wymogu Programu Funkcjonalno-Użytkowego, bowiem nie może dostarczyć zamawiającemu takiego upoważnienia. Odwołujący I stwierdził, że jedyną możliwością pozyskania przez WASKO S.A. pozwoleń radiowych na używanie urządzeń radiowych wykorzystujących częstotliwości z zakresu objętych rezerwacją częstotliwości przyznaną odwołującemu jest uzyskanie od odwołującego (będącego posiadaczem rezerwacji częstotliwości) upoważnienia lub dzierżawy albo użytkowania częstotliwości objętych rezerwacją przyznaną odwołującemu. Według odwołującego I wynika to z brzmienia art. 143 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym poza posiadaczem rezerwacji częstotliwości, żądać wydania pozwolenia radiowego dotyczącego wykorzystania zasobu częstotliwości objętego rezerwacją częstotliwości może podmiot upoważniony przez posiadacza rezerwacji częstotliwości

lub podmiot, któremu częstotliwości zostały wydierżawione lub przekazane do użytkowania zgodnie z art. 122<sup>1</sup> tej ustawy.

Odwołujący I podkreślił, że wykonawca WASKO S.A. nigdy nie zwracał się do niego o udzielenie upoważnienia lub wydierżawienie częstotliwości albo przekazanie ich użytkownika, a z drugiej strony sam odwołujący nie przekazywał WASKO S.A. jakichkolwiek uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości, które pozwalałyby temu wykonawcy żądać od Prezesa UKE udzielenia pozwoleń radiowych. W konsekwencji WASKO S.A. nie ma prawnych możliwości pozyskania pozwoleń radiowych. Dodał, że używanie urządzeń radiowych bez pozwoleń radiowych jest ustawowo zabronione i wiąże się z możliwością zastosowania sankcji wynikających z ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Następnie, odwołujący I wskazał, że wykonawca WASKO S.A. powinien uwzględnić koszt pozyskania częstotliwości od odwołującego, ponieważ zarówno dzierżawa, jak i użytkowanie prawa, ze swej istoty kreują zobowiązania dwustronne odpłatne. Według szacunków odwołującego I wartość rynkowa takiego prawa opiewa na kwotę nie mniejszą niż kwota 20.011.011,21 zł. Podkreślił, że wykonawca WASKO S.A. nie ustalał nigdy w EmiTel S.A., jaki jest koszt uzyskania uprawnienia do częstotliwości. Tym samym, nie ustalał stanu faktycznego wynikającego z postanowień SIWZ obligujących do pozyskania pozwoleń radiowych. Nie zwrócił się do odwołującego z wnioskiem o przedstawienie oferty, co spowodowało, iż ustalili cenę za wykonanie prac projektowych na błędnym poziomie, gdyż nie uwzględnił kosztu pozyskania częstotliwości od odwołującego. Odwołujący I powołał się w tym zakresie na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2012 roku (sygn. akt: KIO/KD 25/12).

Odnosnie ewentualnego zarzutu nieuczciwej konkurencji w zakresie oferty wykonawcy WASKO S.A. odwołujący I podał, że oferta wykonawcy WASKO S.A. powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem wykonawca WASKO S.A. zaoferował przedmiot zamówienia poniżej kosztów wytworzenia związanych z pozyskaniem prawa do częstotliwości.

Ponadto, odwołujący I wskazał, że alternatywną podstawą odrzucenia oferty WASKO S.A. może być art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2018 r., sygn. akt: KIO 115/2018. Odwołujący I podniósł, iż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Izby, zaoferowanie ceny nierealnej, niedającej możliwości należytej realizacji przedmiotu zamówienia jest podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy. W jego ocenie, w niniejszej sprawie, zaoferowanie ceny z pominięciem kosztu pozyskania wymaganego

przez zamawiającego pozwolenia powoduje, że cena ofertowa WASKO S.A. jest nierealna i oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Ad. zarzutu nr 2:

Odwołujący I podnosił, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę. Oferta WASKO S.A., zdaniem odwołującego I, powinna zostać odrzucona w oparciu o powyższą przesłankę. Podał, że wykonawca WASKO S.A. zaproponował wykonanie części zamówienia w zestawieniu cenowym:

a) pkt. 2 Formularza cenowego pt. Adaptacja istniejących lokalizacji do pełnienia funkcji stacji brzegowych za kwotę 492.000 zł, co stanowi 27,5% średniej ceny arytmetycznej ze wszystkich złożonych ofert, w tym zakresie;

b) pkt. 3.1 Adaptacja ośrodka nadawczo-odbiorczego Gdynia za kwotę 36.900 zł, co stanowi 24,3% średniej ceny arytmetycznej ze wszystkich złożonych ofert, w tym zakresie;

c) pkt. 3.2 Adaptacja ośrodka nadawczo-odbiorczego Świnoujście za kwotę 36.900 zł, co stanowi 28,8% średniej ceny arytmetycznej ze wszystkich złożonych ofert w tym, zakresie;

d) pkt. 6.2 Koszty wytworzenia oprogramowania za kwotę 12.300 zł, co stanowi 1,4% średniej ceny arytmetycznej ze wszystkich złożonych ofert, w tym zakresie.

Ponadto, przedstawił zestawienie cenowe ww. pozycji wszystkich ofert złożonych w tym postępowaniu w ujęciu tabelarycznym. Odwołujący I stwierdził, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Zdaniem odwołującego I, sposób kalkulacji ceny w wymienionych pozycjach nie potwierdza realności takiej ceny, a jednocześnie nie jest możliwe uwzględnienie takiej ceny (kosztu) w innych punktach oferty cenowej. W ocenie odwołującego I, zaproponowana cena nie jest ceną gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący I wskazał, że w zakresie adaptacji istniejących obiektów do pełnienia funkcji stacji brzegowych zamawiający w PFU wyspecyfikował niezbędne roboty oraz obiekty na których należy je przeprowadzić, a nadto w PFU oraz w wyjaśnieniach do treści SIWZ szczegółowo opisał zakres adaptacji ośrodka nadawczo-odbiorczego Gdynia oraz ośrodka nadawczo-odbiorczego Świnoujście. Odwołujący I w treści uzasadnienia odwołania powołał się na poszczególne prace, które winny podlegać wycenie, jak i dotyczące nich postanowienia PFU oraz odpowiedzi na pytania wykonawców w ramach wyjaśnień SIWZ. Odwołujący I stwierdził, że nie jest możliwe wykonanie tak szerokiego zakresu robót za cenę podaną przez wykonawcę.

Odwołujący I podniósł ponadto, że zgodnie z postanowieniami PFU wykonawcy byli

zobowiązani do zaprojektowania, wytworzenia oraz wdrożenia oprogramowania w zakresie: systemu informatycznego do operacyjnej obsługi nadchodzących zgłoszeń ściśle współpracującego z podsystemem radiowym, systemów monitorowania warunków klimatycznych, systemu zarządzania i monitorowania. Odwołujący I stwierdził, że do wytworzenia takiego oprogramowania każdy z wykonawców winien zatrudnić zespół informatyczny składający się m.in. z analityka, programisty oraz testera, przy czym uśredniając rynkowe stawki pracy specjalistów ok. 1.850 zł brutto za dzień pracy, podana przez WASKO S.A. kwota 12.300 zł brutto pokryje tylko 3 dni pracy takiego zespołu. Podkreślił też, że wytworzenie specjalistycznego oprogramowania w ciągu 3 dni jest całkowicie nierealne, a wytworzenie od podstaw tego oprogramowania należy oszacować na minimum 100 dni roboczych x 1850 zł (brutto) x 3 osobowy zespół, czyli na kwotę minimum 555.000 zł brutto. W takim projekcie należy uwzględnić też wartość przekazania praw licencyjnych.

Odwołujący I powołał się na orzeczenie TSUE z dnia 22 czerwca 1989 r. wydane w sprawie C-103/88, Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano, w którym Trybunał orzekł, iż niedopuszczalne - jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest możliwe dopiero, gdy zamawiający ma pewność, że zamówienie nie zostanie należycie wykonane za zaoferowaną cenę. Pewność tę uzyskuje dopiero po wyjaśnieniach wykonawcy, który potwierdzi, w jaki sposób kalkulował cenę i czy wykonanie danej usługi jest możliwe w tej cenie.

W dalszej kolejności odwołujący I wskazał, że cena podana za adaptacje, w tym za adaptacje ośrodków nadawczych w Gdyni oraz Świnoujściu, a także cena za wytworzenie oprogramowania, stanowiące część przedmiotu zamówienia i część całości ceny skalkulowanej w ofercie, jest dziesięciokrotnie niższa niż cena za tą samą usługę skalkulowana w ofercie odwołującego. Taka rozbieżność, w ocenie odwołującego I, powinna prowadzić do wątpliwości po stronie zamawiającego i w konsekwencji do wezwania do wyjaśnienia tych wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez WASKO S.A. Powołał się również na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.01.2017 roku, wydane w sprawie o sygn. akt KIO 2395/15. Zdaniem odwołującego I, oferta WASKO S.A. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp po wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień i ich analizie, albowiem nie sposób logicznie uzasadnić tak niskiej kwoty za tę część zamówienia. Według odwołującego I zaniżenie wynagrodzenia w zakresie tak kosztochłonnego zadania jak adaptacja ośrodków nadawczo-odbiorczych oraz koszt

oprogramowania w sposób zasadniczy wpływa na to, że cena całkowita jest nierealna, nierzeczywista i nie pozwala na wykonanie zamówienia w sposób należyty.

Ad. zarzutu nr 3:

Odwołujący I podał, że zamawiający obligatoryjnie wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazał, iż w postanowieniach części V pkt 1 ppkt. 2 lit. c) SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, przy czym podał, iż wykonawca spełni warunek, jeżeli: „wykaże, że wykonał w okresie 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) 1 (jedną) usługę polegającą na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto;
- b) 2 (dwie) roboty budowlane polegającą na budowie obiektu radiokomunikacyjnego lub telekomunikacyjnego w postaci wieży o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto.

*Pod pojęciem budowy systemu radiokomunikacyjnego zamawiający rozumie budowę systemu radiokomunikacyjnego składającego się z minimum 1 (jednej) konsoli dyspozytorskiej sterującej minimum 3 (trzy) wystawami radiotelefonów znajdujących się geograficznie w różnych lokalizacjach”.*

Odwołujący I wskazał, że dla wykazania spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca WASKO S.A. przedstawił wykaz robót złożony za pismem z dnia 16 sierpnia 2018 roku. W ocenie odwołującego I przedłożony wykaz robót nie potwierdza wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w zakresie wykonanych usług i robót budowlanych.

Podkreślił, że załączony wykaz jest wykazem dwóch robót budowlanych według nomenklatury Pzp, co potwierdza przedłożony przez WASKO S.A. opis: 1) „Zaprojektowanie, wybudowanie, wyposażenie i uruchomienie obiektów radiokomunikacyjnych wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, odpowiednim wyposażaniem, niezbędnymi urządzeniami i akcesoriami umożliwiającymi kompletną instalację, uruchomienie i eksploatację obiektu w lokalizacji OR Chojnice, OR Piła i OR Połczyn Zdrój” oraz 2) „Budowa Ośrodków Radiokomunikacyjnych w miejscowościach Włocławek i Drezdenko”.

Odwołujący I podniósł, że załączony wykaz nie potwierdził posiadania wymaganego doświadczenia w zakresie wykonanych usług, albowiem w wykazie przedłożonym

przez WASKO S.A. wszystkie pozycje dotyczą realizacji robót budowlanych, co potwierdzają też kody CPV podane przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w ogłoszeniu na roboty budowlane, na które powołuje się wykonawca WASKO S.A.

W dalszej kolejności odwołujący I wskazywał, że analiza programów funkcjonalno — użytkowych powołanych przez wykonawcę WASKO S.A. postępowań - na wykazanie się doświadczeniem - nie dostarcza informacji jakoby w ramach tych postępowań wykonawca ten oferował rozwiązanie w postaci konsoli dyspozytorskiej sterującej minimum 3 (trzema) zestawami radiotelefonów. Brak w tej dokumentacji jakiegokolwiek informacji w jaki sposób dochodzi do sterowania oferowanymi radiotelefonami, a także brak też jakichkolwiek informacji by oferowane rozwiązanie sterowało radiotelefonami bądź informacji, w jaki sposób sterowanie to miałyby następować.

W ocenie odwołującego I wykaz robót złożony przez WASKO S.A. nie potwierdza realizacji usługi o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto oraz nie potwierdza, aby wykonawca ten zbudował system składający się z konsol, które umożliwiają sterowanie radiotelefonami znajdującymi się geograficznie w różnych lokalizacjach, co oznacza konieczność wykluczenia wykonawcy ze względu na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, z ostrożności procesowej odwołujący I wskazywał, że podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania WASKO S.A. do uzupełnienia wykazu robót - z uwagi na fakt, iż przedłożone przez WASKO S.A. do oferty wykazy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, a także naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

#### Ad. zarzutu nr 4:

Odwołujący I podnosił, że ze złożonego przez WASKO S.A. wykazu osób nie wynika, iż osoby wymienione w: pkt. 1 Kierownik projektu, pkt. 2 Specjalista ds. systemów radiokomunikacyjnych, pkt. 3 Specjalista ds. budowlanych posiadają doświadczenie w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Stwierdził, że zamawiający dla oceny posiadanego przez osoby skierowane do realizacji zamówienia miał wykorzystać sporządzony przez wykonawców opis doświadczenia zawodowego. Opis ten miał znaleźć się w ostatniej kolumnie wykazu osób i zawierać minimum następujące informacje: nazwa zadania, opis wykonywanych czynności, okres wykonywanych prac od — do, nazwa zamawiającego. Wykonawca WASKO S.A.

w wykazie osób pominął opis wykonywanych czynności danej osoby kierowanej do realizacji zamówienia, nie wskazał jakie obowiązki ciążyły na osobach z wykazu osób w referencyjnych projektach i jakie czynności w nich wykonywali. Zdaniem odwołującego I, brak takiego opisu — wymaganego przez SIWZ - uniemożliwia ocenę czy kierowani do wykonania zamówienia specjaliści posiadają wymagane doświadczenie zawodowe. Tym samym, w ocenie odwołującego I, niezbędne jest powtórzenie przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert i wezwanie WASKO S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących osób wskazanych na stanowisko: pkt 1 jako Kierownik projektu, pkt 2 Specjalista ds. systemów radiokomunikacyjnych, pkt 3 Specjalista ds. budowlanych w zakresie opisu ich doświadczenia zawodowego.

Dodał też, że przedstawiony wykaz osób nie zawiera informacji o tym, jaka jest podstawa do dysponowania daną osobą.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji wykazu osób odwołujący I wskazywał, że osoba wymieniona w pkt. 2 wskazana na stanowisko Specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych nie ma wymaganego doświadczenia zawodowego, albowiem zgodnie z ogólnodostępną informacją w Internecie osoba ta nie jest zatrudniona w firmie WASKO S.A. na stanowisku Specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych. Nie posiada również kierunkowego wykształcenia w zakresie telekomunikacji.

Ponadto, odwołujący I podnosił, że zamawiający nie dostrzegł oczywistej nieścisłości w wykazie projektów przedstawionych dla osoby wskazanej w pkt 1 Kierownik Projektu kolumna „doświadczenie zawodowe”. Podał, że wymienione projekty dotyczą „systemów radiodfuzyjnych”, przy czym zgodnie z wyraźnym wymogiem SIWZ (Rozdz. V pkt 1 ppkt 2 lit. c) B tiret 3) doświadczenie Kierownika Projektu miało obejmować projekty związane z nadzorowaniem i kierowaniem projektami budowy „sieci lub systemów teleinformatycznych”.

Kolejna nieprawidłowość, zdaniem odwołującego I, związana jest z osobą wskazaną w pkt 3 wskazaną na stanowisko Specjalisty ds. budowlanych. Osoba ta zgodnie z ogólnodostępną informacją w Internecie nie jest zatrudniona w firmie WASKO S.A., a w firmie Gastel Prefabrykacja S.A., a zatem WASKO S.A. samodzielnie nie dysponuje tą osobą, a przynajmniej wobec tego są uzasadnione wątpliwości. Wyjaśnił też, że firma Gastel Prefabrykacja S.A. jest wiodącym dostawcą na terenie Polski prefabrykacji masztów i wież telekomunikacyjnych co sugerować może dodatkowo, że firma ta będzie pełniła pewne role w dostawach bądź budowie obiektów masztowych na rzecz zamawiającego jako podwykonawca.



Oдноśnie zarzutów w zakresie oferty CELNET Sp. z o.o. S.K. (część II zarzutów).

Ad. zarzutu nr 1:

Oдноśnie zarzutu nr 1 dotyczącego oferty wykonawcy CELNET Sp. z o.o. S.K. odwołujący przedstawił tożsamą argumentację, jak w przypadku analogicznego zarzutu podnoszonego w stosunku do oferty wykonawcy WASKO S.A. (również zarzut nr 1).

Ad. zarzutu nr 2:

Odwołujący I podnosił, że zamawiający przewidział możliwość przyznania dodatkowych punktów za wykonanie przedmiotu zamówienia w systemie ISO 9001, co wynika z postanowień pkt XIII SIWZ pt.: *„Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wagi każdego z kryteriów i sposobu oceny ofert. 1. Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach: 1) „Łączna cena ofertowa brutto”; 2) „Okres obowiązywania gwarancji, jakości i rękojmi”; 3) „Funkcjonalność”; 4) „System zapewniania, jakości ISO 9001”; 5) „Gwarantowany czas naprawy”.* Jednocześnie zamawiający stwierdził, że pod pojęciem „System zapewniania jakości ISO 9001” należy rozumieć wykonanie przedmiotu zamówienia w systemie zapewnienia jakości ISO 9001.

Odwołujący I podał, iż wykonawca CELNET Sp. z o.o. S.K. zadeklarował, że wykona przedmiot zamówienia w systemie zapewnienia jakości ISO 9001 i tym samym zagwarantował sobie przyznanie dodatkowych punktów w ocenie ofert. Natomiast, z informacji powziętych przez odwołującego wynika, iż CELNET Sp. z o. o. S.K. nie posiada certyfikatu ISO 9001. Certyfikat ten posiada jedynie podwykonawca CELNET Sp. z o. o. S.K. wskazany w ofercie wykonawcy. Odwołujący I zauważył przy tym, iż podwykonawca CELNET Sp. z o. o. S.K. będzie realizował jedynie prace budowlane, a zatem przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez podmiot, który nie posiada certyfikatów ISO na wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z tym standardem.

W ocenie odwołującego I oferta powinna zostać odrzucona, gdyż zadeklarowano spełnienie wymagania, które de facto nie jest spełnione. Z ostrożności wskazywał, że zamawiający przynajmniej w świetle art. 91 ustawy Pzp nie powinien przyznawać punktów temu wykonawcy w zakresie kryterium związanym z ISO.

Ad. zarzutu nr 3:

Odwołujący I stwierdził również, że oferta CELNET Sp. z o. o. S.K. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący I wskazał, że wyjaśnienia w przedmiocie podania ceny 0 zł w pkt 7 formularza ofertowego dla istotnych elementów kosztotwórczych są zbędne. W pkt 7 formularza ofertowego oferenci winni wymienić inne koszty, nigdzie indziej niesklasyfikowane, a zamawiający wymienił w nim przykładowo koszt oprogramowania, stacji zarządzających oraz akcesoriów instalacyjnych. Odwołujący I podkreślił, że nie można zbudować zgodnie z PFU infrastruktury telekomunikacyjnej bez tych elementów, tj. oprogramowania, stacji zarządzających oraz akcesoriów instalacyjnych. Zauważył też, iż wykonawca nie mógł ująć innych niezbędnych elementów przedmiotu zamówienia, takich jak: szkolenia, opłaty za badania promieniowania PEM, opłaty za badania zasięgu na morzu czy pozyskania pozwoleń radiowych w innych elementach cenowych. Odwołujący I powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17.08.1993 r., sygn. akt: III CRN 77/93 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 26.03.2006 r., sygn. akt: I ACa 1018/15 w zakresie kwestii należytej staranności oczekiwanej od wykonawcy, a także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2383/17 dotyczący błędu w obliczeniu ceny.

Odwołujący I reasumując stwierdził, że wskazanie kwoty 0 zł dla tak istotnych elementów jak w przedmiotowym formularzu dyskwalifikuje ofertę wykonawcy, albowiem oznacza, że nie wycenił on wszystkich pozycji kosztowych wymaganych przez zamawiającego, a tym samym oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

#### Ad. zarzutu nr 4:

Odwołujący I podniósł również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wskazując, że osoby, które wykonawca CELNET Sp. z o. o. S.K. zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia nadzorowały ze strony zamawiającego realizację prac nad systemem KSBM (Krajowy System Bezpieczeństwa Morskiego), którego elementem jest system GMDSS budowany w ramach niniejszego zamówienia. Podał, iż pracownicy CELNET Sp. z o. o. S.K. wykonywali w imieniu zamawiającego funkcję Inżyniera Kontraktu na projekcie KSBM. Pierwszy etap budowy KSBM służył do zapewnienia infrastruktury na bazie której ma być budowany system realizowany w niniejszym postępowaniu. W ocenie odwołującego I pracownicy firmy CELNET Sp. z o. o. S.K. wobec wykonywania czynności nadzorczych Inżyniera Kontraktu posiadli wiedzę o organizacji infrastruktury zamawiającego, która stawia tego wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych wykonawców, zaburzając zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji i tym samym stanowi to podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący I podkreślił, że zamawiający nie występował do wykonawcy CELNET

Sp. z o.o. S.K. o wyjaśnienia w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, celem umożliwienia wykonawcy udowodnienia, że udział wskazanej przez niego osoby w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Odwołujący I stwierdził, iż wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania należy do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp).

W dalszej kolejności odwołujący I podnosił, że jeżeli CELNET Sp. z o. o. S.K. pełnił rolę Inżyniera Kontraktu, a więc m.in. przygotowywał dokumentację związaną z budową KSBM, a obecne postępowanie jest rozwinięciem tego systemu KSBM, to nie można przecenić roli tego wykonawcy w niniejszym zamówieniu, w kontekście wpływu na jego warunki. Wskazał ponadto, że przygotowanie zamówienia, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp może przybrać również rolę pośrednią, istotny jest udział w czynnościach, które doprowadziły udzielenia niniejszego zamówienia.

Odwołujący I dodał, iż wykluczenie za udział w przygotowaniu postępowania nie może mieć miejsca, gdy spowodowane tym zakłócenie konkurencji może zostać wyeliminowane w inny sposób. Wykonawca, aby nie zostać wykluczonym z postępowania, będzie musiał wykazać zaistnienie wyjątkowych okoliczności niepowodujących zakłócenia konkurencji. Odwołujący I wskazał, że w niniejszej sprawie zamawiający nie zwracał się do wykonawcy CELNET Sp. z o. o. S.K. o złożenie wyjaśnień, czyli wykonawca nie otrzymał szansy wytłumaczenia, czy zaistniała sytuacja może zakłócić konkurencję, w związku z czym odwołujący I postawił zarzut ewentualny związany z brakiem wyczerpania procedury, o której mowa w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp.

Odwołujący I zwrócił również uwagę, że w niniejszym postępowaniu może ujawnić się konflikt interesów pomiędzy CELNET Sp. z o. o. S.K. a zamawiającym, ponieważ CELNET Sp. z o. o. S.K. będzie prowadził prace budowlane na infrastrukturze, którą przyjmował, nadzorował budowę oraz rozliczał wykonane prace w imieniu zamawiającego, a będąc oferentem może, nawet w sposób niezamierzony, wyrzucić wpływ na postępowanie w sensie dla niego korzystnym. Odwołujący I powołał się przy tym na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie, w którym to wyroku Trybunał wskazał, że należy umożliwić takiemu wykonawcy wykazanie, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji.

Konkludując, odwołujący I stwierdził, że CELNET Sp. z o. o. S.K. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, ewentualnie konieczne jest przed ostatecznym wykluczeniem tego wykonawcy przeprowadzenie procedury z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp.

#### Ad. zarzutu nr 5:

Odwołujący I podnosił również, że w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający są zobowiązani odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie odwołującego I oferta wykonawcy CELNET Sp. z o. o. S.K. powinna zostać odrzucona, gdyż podmiot ten nie będzie realizował kluczowych prac dla zamówienia usługi w zakresie integracji (budowy) systemu radiokomunikacyjnego stosownie do wymogu pkt III ppkt 8 SIWZ, w którym zamawiający zastrzegł, iż każdy wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania prac „w zakresie integracji (budowy) systemu radiokomunikacyjnego”. Natomiast zgodnie z ofertą CELNET Sp. z o. o. S.K całość prac w zakresie budowy systemu radiokomunikacyjnego zostanie wykonana przez podwykonawcę spółkę Elvys s.r.o.l., co wynika z oświadczenia o udostępnieniu potencjału złożonego przez spółkę Elvys s.r.o.l. Odwołujący I wskazał, iż na mocy ustawy nowelizującej z 22 czerwca 2016 r. uchylony został przepis art. 36a ust. 3 ustawy Pzp zgodnie, z którym zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi nie było skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powoływał się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego I zmiana ta oznacza, że przy zastrzeżeniu przez zamawiającego zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp osobistego wykonania przez wykonawcę jakiejś kluczowej części przedmiotu zamówienia, zamówienie w tym fragmencie nie może być wykonywane nawet przy pomocy podwykonawcy, którego zasoby zostały przedstawione dla wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu co powoduje, że oferta CELNET Sp. z o.o. S.K. powinna zostać odrzucona na wskazanej wyżej podstawie.

#### Odnosnie pozostałych zarzutów (część III zarzutów).

Odwołujący I stwierdził, że biorąc pod uwagę konstrukcje kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu i ich wagę, pozyskanie częstotliwości jest przedsięwzięciem niezwykle kosztowym, co wynika z faktu pozyskania dóbr rzadkich. Wskazał, że zarzucił, zatem zamawiającemu również generalne naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem oferta odwołującego obejmowała pozyskanie częstotliwości oraz pozwoleń radiowych, zgodnie z wymogami prawa, a mimo to zamawiający wyłonił ofertę, która jest tańsza ze względu na nieuwzględnienie wymaganych przepisami prawa telekomunikacyjnego obowiązku pozyskania rezerwacji częstotliwości, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która nie była „najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Wybór oferty najkorzystniejszej, to wybór

spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zaś oferta CELNET Sp. z o. o. S.K. i WASKO S.A. powinny zostać odrzucone.

### **Sygn. akt: KIO 1820/18**

W dniu 10 września 2018 roku wykonawca Cybernetica AS z siedzibą w Tallinie (zwany dalej: „odwołującym II”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia go z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na bezzasadnym wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest najkorzystniejsza w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyznaczeniu przez zamawiającego rażąco krótkiego - obiektywnie niemożliwego do dochowania - terminu na złożenie wskazanych przez zamawiającego dokumentów, podczas, gdy z powyższego przepisu wynika, że termin ten winien być odpowiedni, tj. realnie umożliwiający realizację wezwania przez wykonawcę;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp polegające na bezpodstawnym wyborze oferty WASKO S.A. jako najkorzystniejszej, podczas, gdy za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu winna być uznana oferta Cybernetica.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
3. unieważnienia czynności uznania oferty odwołującego za odrzuconą;
4. dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty odwołującego, a w tym ponownego wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w wezwaniu z dnia 8 sierpnia 2018 r. i wyznaczenie w tym celu terminu wynoszącego co najmniej 5 dni roboczych, względnie na wypadek uznania przez Izbę, iż brak jest podstaw do ponownego wezwania wniósł o dokonanie ponownego badania oferty odwołującego z uwzględnieniem dokumentów złożonych zamawiającemu na wezwanie z dnia 8 sierpnia 2018 r. poprzez uznanie, iż zostały one złożone w terminie;

a w konsekwencji wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Ponadto, odwołujący II wnosił o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podnosił, co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący II zauważył, iż zamawiający wyznaczył mu termin na wykonanie wezwania do uzupełnienia niemożliwy do dotrzymania nawet przez należycie działającego wykonawcę, co w sposób rażąco narusza przepisy ustawy Pzp (w tym zasadę równego traktowania oraz uczciwej konkurencji), zaś naruszenie to bezpośrednio przyczyniło się do niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania, tym samym ocena wykluczenia odwołującego z postępowania musi uwzględniać również to, czy poprzedzając ją czynność wezwania została dokonana zgodnie z prawem. Ponadto, zamówienie objęte postępowaniem posiada podprogową wartość, a co za tym idzie, dostrzeżone rażące naruszenie odwołujący może zgodnie z prawem podnosić dopiero w ramach odwołania wobec jego wykluczenia z postępowania.

Następnie, odwołujący II podał, że oferta złożona przez niego została najwyżej oceniona, w związku z czym w dniu 24.07.2018 r. zamawiający wezwał go do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń zgodnie z warunkiem opisanym w Rozdziale VI pkt. 7 lit. a) - i) SIWZ z terminem wyznaczonym na dzień na 30.07.2018 r. („Wezwanie I”). Odwołujący wykonał Wezwanie I w wyznaczonym terminie.

Z kolei pismem z dnia 8.08.2018 r. o godzinie 11:34 zamawiający wezwał odwołującego II na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp („Wezwanie II”) do uzupełnienia złożonych dokumentów w zakresie:

- dokumentu potwierdzającego, że odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - wskazując w tym zakresie, że wśród złożonych dokumentów brakuje tłumaczenia na język angielski;
- informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp wskazując w tym zakresie, że nadal brakuje informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej urzędujących członków zarządu odwołującego, tj. R. H. oraz O.

V.;

- wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, dat wykonania, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie - wskazując m.in., że w zakresie referencji wystawionych przez podmioty: PT Multiintegra oraz RIKS brakuje dokumentów potwierdzających, że usługi odwołującego zostały prawidłowo wykonane.

Odwołujący II stwierdził, iż znamienne jest to, że zamawiający wyznaczył w Wezwaniu II jedynie dwudniowy termin do uzupełnienia dokumentów. Termin ten bowiem upływał w dniu 10.08.2018 r. W ocenie odwołującego II termin wyznaczony w Wezwaniu II był terminem zdecydowanie zbyt krótkim, szczególnie wobec faktu, iż zamawiający m.in. negatywnie ocenił złożone na Wezwaniu I dokumenty potwierdzające należyte wykonanie referencyjnych prac i zażądał od odwołującego przedstawienia nowych referencji w szczególności od podmiotów PT Multiintegra z siedzibą w Indonezji oraz RIKS z siedzibą w Estonii. Takie żądanie determinowało po stronie odwołującego II konieczność zwrócenia się do tych podmiotów z prośbą o wystawienie nowych referencji. Odwołujący II podkreślił, że poinformował zamawiającego już w dniu 8.08.2018 r. o braku możliwości dostarczenia żądanych dokumentów do dnia 10.08.2018 r., a działając w dobrej wierze i z należytą starannością zapewnił jednocześnie zamawiającego o przesłaniu wszystkich żądanych dokumentów w wyznaczonym terminie drogą elektroniczną oraz, że dostarczenie oryginałów możliwe będzie niezwłocznie, w nieco późniejszym terminie. Zamawiający nie ustosunkował się w żaden sposób do tej informacji przesłanej przez odwołującego, co odwołujący II poczytał jako akceptację proponowanego sposobu procedowania. W dniu 10 sierpnia 2018 r., tj. w wyznaczonym terminie odwołujący II przesłał do zamawiającego drogą elektroniczną, wszystkie dokumenty wskazane w Wezwaniu II oraz tego samego dnia wysłał dokumenty pocztą tradycyjną. Zamawiający w dniu 4 września 2018 roku poinformował odwołującego II o wykluczeniu go z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący II podniósł, że decyzja o wykluczeniu go z postępowania wynikała z rzekomo niewłaściwego wykonania Wezwania II. Dodał też, że wszystkie zarzuty stawiane mu w decyzji o wykluczeniu spowodowane były wyznaczeniem na tyle drastycznie krótkiego terminu do uzupełnienia dokumentów, że, biorąc pod uwagę zakres wezwania, a także fakt, iż odwołujący II jest spółką prawa estońskiego, niemożliwe było jego dochowanie z przyczyn obiektywnych, niezależnych od odwołującego II. Odwołujący II wskazał, że kluczową kwestią jest wykładnia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany

wezwać wykonawców do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jak również pełnomocnictw, w wyznaczonym przez siebie terminie. Podniósł, że ustawa nie określa przy tym w sposób wyraźny jak długi powinien być to termin, nie precyzuje też czym zamawiający powinien kierować się przy wyznaczaniu tego terminu, jednakże biorąc pod uwagę wykładnię celowościową tego przepisu, przyjmuje się, że powinien być to termin „odpowiedni”, a więc umożliwiający uzupełnienie oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę, działającego z należytą starannością i w toku zwykłych czynności. Odwołujący II powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2009r. sygn. akt: KIO/UZP 901/09 i 905/09 oraz z dnia 29 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2700/10. Odwołujący II podkreślił przy tym, że skierowanie do wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego. Wskazał, iż celem tej regulacji jest umożliwienie uzupełniania pewnych braków lub nieścisłości, a w konsekwencji umożliwienie udziału w postępowaniu i złożenie podlegających ocenie ofert jak największej liczbie wykonawców, co prowadzi do większej konkurencyjności. Zdaniem odwołującego II, zamawiający nieprawidłowo zastosował przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem nie zważając na jego cel, wyznaczył niebywale krótki, nierealny dla wykonawcy termin na uzupełnienie szeregu dokumentów (również pochodzących od podmiotów trzecich) przez co de facto od razu „skazał” odwołującego na wykluczenie, niezasadnie eliminując najkorzystniejszą ofertę. W jego opinii działanie zamawiającego prowadziło do iluzorycznej jedynie możliwości uzupełnienia dokumentów. Odwołujący II dodał również, że instytucja wezwania do złożenia dokumentów, przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winna być stosowana przez zamawiającego z rozwagą i poszanowaniem interesu wykonawców, albowiem ustawa przewiduje najcięższą dla wykonawcy sankcję - wykluczenie z postępowania - na wypadek niezłożenia wymaganych dokumentów lub wyjaśnień w terminie. Nie jest przy tym dopuszczalne, aby wzywać wykonawcę powtórnie do składania lub uzupełniania dokumentów. Tym samym, biorąc pod uwagę tak dotkliwe rygory, jeśli wykonawca rzeczywiście ma mieć szansę na uzupełnienie składanych dokumentów lub złożenie wyjaśnień, nie ulega wątpliwości, iż termin wyznaczony przez zamawiającego powinien być na tyle długi, aby taką realną szansę stworzyć. Wykonywanie obowiązku zamawiającego do wezwania do uzupełnienia w inny sposób, w szczególności poprzez wyznaczenie wykonawcy terminu niemożliwego do dochowania nie może być uznane za działanie należyte i zgodne z prawem i nie zasługuje na ochronę.

Odwołujący II podkreślił również, że to, czy termin jest „odpowiedni” winno być analizowane każdorazowo indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy



i charakteru dokumentów, które winien złożyć wykonawca. Powołał się przy tym na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynikało, że termin ten powinien, w szczególności uwzględniać takie okoliczności jak odległość geograficzna siedziby wykonawcy od miejsca gdzie należy złożyć dokumenty, ewentualne dni wolne od pracy w terminie wyznaczonym na uzupełnienie, czy konieczność uzyskania dokumentów od osób i podmiotów innych niż wykonawca. Jednocześnie odwołujący II wskazał, że te same nadzwyczajne okoliczności, które zamawiający winien uwzględnić określając długość terminu na złożenie dokumentów wystąpiły w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do odwołującego II, czego zamawiający nie uwzględnił wyznaczając odwołującemu zaledwie 2 dni robocze na uzupełnienie i wyjaśnienie szeregu dokumentów i to na dzień, w którym odwołującemu wyznaczono już wcześniej termin na złożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Odwołujący II zauważył, że kwestionowany termin na złożenie dokumentów i wyjaśnień określonych w wezwaniu zamawiającego (dostarczenie do siedziby zamawiającego) rozpoczął swój bieg w środę 8 sierpnia 2018 r. o godz. 11:34 (data otrzymania e-maila przez odwołującego) i zakończył się w piątek 10 sierpnia 15:15 (godzina zamknięcia urzędu zamawiającego). Wezwanie dotyczyło:

- tłumaczenia polisy ubezpieczeniowej (pkt. a) Wezwania II);
- dwóch informacji z Krajowego Rejestru Karnego wraz z tłumaczeniem (pkt. b) Wezwania II);
- czterech dokumentów w zakresie referencji (pkt. c) Wezwania II).

Odwołujący II wyjaśnił, że wystawcą jednego z dokumentów był podmiot z siedzibą w Indonezji (PT MULTIINTEGRA), zaś drugiego podmiot z siedzibą w Estonii, co wymagało dodatkowego czasu na ich pozyskanie, a co z oczywistych względów uniemożliwiało odwołującemu uzyskanie referencji od tych podmiotów, a następnie przetłumaczenie ich na język polski oraz przesłanie zamawiającemu ze swojej siedziby w Estonii w dwa dni robocze. Odwołujący II wskazał, że dzięki podjęciu natychmiastowych działań i dochowaniu najwyższej staranności nowe referencje PT MULTIINTEGRA zostały wystawione już z dniem 9 sierpnia 2018 r., jednak złożenie tego dokumentu zamawiającemu w oryginale bądź kopii poświadczonej za zgodność wraz z niezbędnym tłumaczeniem było w wyznaczonym terminie niemożliwe. Dalej stwierdził, iż termin wskazany w Wezwaniu II nie jest terminem odpowiednim w rozumieniu przepisów Pzp. Wezwanie II dotyczyło bowiem - w zakresie 4 dokumentów - dokumentów wystawionych przez podmioty trzecie, innych niż odwołujący. Nadto, odwołujący II nie zaniedbał złożenia wymaganych dokumentów, a wezwanie obejmowało dokumenty dodatkowe, których żądana treść została wskazana przez zamawiającego dopiero w treści Wezwania II. Odwołujący II zwrócił uwagę na niekonsekwencję zamawiającego w wyznaczaniu terminów w obu wezwaniach, ponieważ

w przypadku pierwszego wezwania zamawiający przewidział termin na złożenie wyjaśnień od 24 lipca 2018 r. do 30 lipca 2018 r., zaś w przypadku drugiego wezwania od 8 sierpnia do 10 sierpnia 2018 r. Dodał również, że nawet przy zachowaniu maksymalnej staranności i ostrożności miał prawo zakładać, iż zamawiający zdając sobie sprawę z rażąco krótkiego terminu zaakceptuje sposób procedowania zaproponowany przez odwołującego w korespondencji mailowej z dnia 8.08.2018 r., gdyż w żaden sposób zamawiający tego nie zakwestionował. Odwołujący II wskazał, że ostatecznie złożył wskazane przez zamawiającego dokumenty w wymaganej formie zaledwie w drugim dniu roboczym następującym po wyznaczonym pierwotnie przez zamawiającego terminie, niezwłocznie po ich przesłaniu mailem oraz prawie 3 tygodnie przed otrzymaniem informacji o rozstrzygnięciu postępowania. Stwierdził, że nawet, gdyby założyć, że terminy były dla zamawiającego niezmiernie istotne, to wydłużając zaledwie o dwa dni robocze wyznaczony pierwotnie termin (piątek - wtorek), zamawiający pozyskałby jeszcze jedną ofertę, która biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, byłaby ofertą najkorzystniejszą. Zdaniem odwołującego II uwzględniając inne terminy ustawowe w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jeden dzień nie stanowiłby dla zamawiającego niepowetowanej straty.

Ponadto, odwołujący II dodał, że powszechną praktyką jest, iż zamawiający wyznaczając często krótkie terminy na uzupełnienie dokumentów, uznają za wystarczające przesłanie tych dokumentów w przepisany terminie w formie elektronicznej (w formie zwykłych skanów) na skrzynkę mailową zamawiającego z jednoczesnym nadaniem w tej dacie oryginałów dokumentów na pocztę, niezależnie od dnia ich doręczenia do siedziby zamawiającego. Zauważył, że tego rodzaju praktyka zapobiega naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji i łagodzi skutki krótkich terminów na uzupełnienie dokumentów. Zamawiający zaniechał zastosowania takiej praktyki w tym postępowaniu, co skutkowało naruszeniem przepisów Pzp.

Tym samym – według odwołującego II - działanie zamawiającego było niezgodnie z przepisami Pzp, w tym też naruszało zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący II przywołał ponadto wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2813/15 oraz z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 691/14.

W ocenie odwołującego II postępowanie zamawiającego stanowi przykład skrajnego formalizmu, nie znajdującego oparcia ani w przepisach Pzp, ani w funkcjonującej praktyce oraz wynika wyłącznie ze złej woli zamawiającego. Jest przy tym zaprzeczeniem podkreślanej przez Trybunał UE (orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z dnia 27 września 2002 r. w sprawie

o sygn. T-211/02, lex nr: 139545) zasady dobrej administracji oraz idei jaka przeświecała ustawodawcy przy formułowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jaką było wyeliminowanie możliwości odrzucania korzystnych ofert obarczonych brakami, które można uzupełnić.

W oparciu o powyższe odwołujący II wnosił, jak w *petitum* odwołania.

### **Sygn. akt: KIO 1793/18**

### **Sygn. akt: KIO 1820/18**

W dniu 10 września 2018 roku w zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1793/18 wraz z jego kopią, a w dniu 11 września 2018 roku informację o wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1820/18 wraz z jego kopią oraz wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowań odwoławczych wszczętych tymi odwołaniami.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 13 września 2018 roku wykonawca WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „przystępującym WASKO” lub „WASKO”) oraz wykonawca CELNET Sp. z o.o. S.K. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „przystępującym CELNET” lub „CELNET”) zgłosili swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1793/18 oraz o sygn. akt KIO 1820/18 po stronie zamawiającego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali stronę, do której zgłaszają przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Strony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpień.

Mając powyższe na uwadze, Izba ustaliła, że wykonawca WASKO oraz wykonawca CELNET zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1793/18 oraz o sygn. akt KIO 1820/18 po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikami tych postępowań odwoławczych.

W dniu 24 września 2018 roku zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1793/18 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1820/18, w których wnosił o oddalenie każdego z odwołań w całości i zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów

postępowania. W tym samym dniu pismo procesowe w sprawie o sygn. akt KIO 1793/18 złożył przystępujący CELNET. Ponadto, przystępujący WASKO w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron w dniu 25 września 2018 roku złożył swoje pismo procesowe do sprawy o sygn. akt KIO 1793/18 oraz kolejne pismo z dnia 25 września 2018 roku dotyczące wniosków dowodowych złożonych przez odwołującego przekazał drogą elektroniczną w tym dniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) wraz ze zmianami i wyjaśnieniami SIWZ, protokołu postępowania, ofert wykonawców, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami, zawiadomienia o wynikach postępowania.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów załączonych przez odwołującego I do odwołania, a także dowody z dokumentów złożonych w toku rozprawy w dniu 25 września 2018 roku przez odwołującego I, przez odwołującego II i przez zamawiającego.

Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego I o zobowiązanie przystępującego WASKO S.A do przedstawienia kart pracowniczych, umów o pracę i dowodów uiszczenia składek do ZUS dla osób wskazanych w wykazie osób, jak również dokumentów dotyczących dysponowania tymi osobami na okoliczność ich doświadczenia zawodowego oraz podstaw dysponowania przez wykonawcę tymi osobami, z uwagi na to, że w ocenie Izby został on złożony jedynie dla zwłoki.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone odpowiednio w obu odwołaniach, w odpowiedziach zamawiającego na odwołania, w pismach procesowych obu przystępujących, a także wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniach 25 i 26 września 2018 roku.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że żadne z obu odwołań nie zawiera braków formalnych oraz, że zostały uiszczone od nich wpisy we właściwej wysokości.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że obu odwołującym w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań, tj. istnienie interesu odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest „budowa morskiego systemu łączności w niebezpieczeństwie zgodnego z wytycznymi Międzynarodowej Konwencji o Bezpieczeństwie Życia na Morzu. Celem budowy morskiego systemu łączności w niebezpieczeństwie GMDSS-PL jest zapewnienie bezpieczeństwa żeglugi oraz ochrona życia na morzu. Zasadniczym celem budowy Systemu Łączności w Niebezpieczeństwie, GMDSS-PL jest stworzenie niezawodnego i nowoczesnego systemu łączności radiotelefonicznej zapewniającego pokrycie obszaru odpowiedzialności za poszukiwanie i ratownictwo oraz polskiej wyłącznej strefy ekonomicznej (EEZ). System musi być oparty o normy i przepisy wynikające ze standardów pracy systemów części lądowych systemu GMDSS. Istotą projektu jest utworzenie systemu radiotelekomunikacyjnego w oparciu o wybudowane stację brzegowe systemu pracujące w paśmie fal VHF oraz paśmie MF umożliwiającego odbiór wezwań łączności w niebezpieczeństwie zgodnego z przyjętymi normami, standardami i wytycznymi przyjętymi dla części lądowej systemu GMDSS” (rozdział III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, punkt 1).

W dniu 4 września 2018 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej – o wyborze oferty wykonawcy WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach oraz o wykluczeniu wykonawcy Cybernetica AS i odrzuceniu jego oferty.

Izba rozpoznała oba odwołania – zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

### **Sygn. akt: KIO 1793/18**

Odwołanie podlega oddaleniu.

### **Oдноśnie zarzutów w zakresie oferty WASKO S.A. (część I zarzutów):**

#### **Ad. zarzutu nr 1:**

Zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny wynikające z braku uwzględnienia przez WASKO S.A. konieczności pozyskania od odwołującego rezerwacji częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności zbudowanego systemu z dniem 31 grudnia 2019 roku;

ewentualny zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**, względnie naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., pomimo, iż cena tej oferty opiewa na kwotę poniżej kosztu wytworzenia dostaw, robót lub usług będących ich przedmiotem, a zatem jest rażąco niska i nie gwarantuje możliwości należytego wykonania zamówienia.

Zarzut bezzasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.*

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Z kolei z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Przede wszystkim należy podnieść, że zamawiający nie przewidział w SIWZ konieczności uwzględnienia w cenie oferty kosztów związanych z koniecznością pozyskania od odwołującego I - wykonawcy EmiTel S.A. - rezerwacji częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności zbudowanego systemu z dniem 31 grudnia 2019 roku. W formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, brak takiej pozycji. Tym samym, trudno zarzucać wykonawcy brak wyceny kosztów pozyskania częstotliwości radiowych od odwołującego I. Odwołujący I nie skarżył postanowień SIWZ w tym zakresie, co mógł uczynić na wcześniejszym etapie. Powyższe przesądza o tym, że zarzut, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny czy też, że zawiera rażąco niską cenę jest bezzasadny. Bezzasadne są też twierdzenia, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że wbrew twierdzeniom odwołującego I, do prawidłowej realizacji zadania nie jest konieczne pozyskanie od odwołującego I rezerwacji częstotliwości radiowych. W postanowieniach Programu Funkcjonalno-Użytkowego zamawiający nie przewidział konieczności występowania do odwołującego I o wyrażenie

zgody na korzystanie z zarezerwowanych przez niego częstotliwości. Dla realizacji zamówienia będzie za to konieczne uzyskanie pozwoleń radiowych w ramach projektowanych stacji nadbrzeżnych.

Zauważyć należy, iż z informacji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 24.09.2018 r., przedłożonej przez zamawiającego w toku rozprawy, wynika, że nie zachodzą przeszkody, aby inne podmioty wystąpiły o pozwolenia radiowe, dotyczące tych samych zakresów częstotliwości, które posiada obecnie EmiTel S.A., ale obejmujących inną lokalizację stacji radiowych. Przy czym, warto zauważyć, że w treści tej informacji Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej odwołał się do decyzji na podstawie, których spółce EmiTel S.A. przyznano rezerwację częstotliwości w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej morskiej, a które to decyzje zostały załączone przez odwołującego I do odwołania, jako dowód na potwierdzenie możliwości wyłącznego dysponowania tymi częstotliwościami. Izba uznała wydruk pisma zawierającego informację Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 24.09.2018 r. za wiarygodny dowód, wbrew zastrzeżeniom poczynionym przez odwołującego. Pismo to stanowiło bowiem załącznik do oficjalnej korespondencji e-mailowej prowadzonej przez zamawiającego z Urzędem Komunikacji Elektronicznej.

Ponadto, wskazać należy, że odwołujący I posiada pozwolenia radiowe na ściśle określone lokalizacje, czego też nie kwestionował. Natomiast, należy również zwrócić uwagę, iż w decyzjach Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie których dokonano rezerwacji częstotliwości na rzecz odwołującego I określono nie tylko obszar rezerwacji, ale też konkretną lokalizację stacji, która jest zbieżna z lokalizacją stacji określoną w pozwoleniach radiowych (przykładowo wskazać można: decyzje o rezerwacji częstotliwości i pozwolenia radiowe dla stacji w Świnoujściu, Krynicy Morskiej, Gdyni).

Podkreślić również należy, że lokalizacje projektu zamawiający wskazał w punkcie 1.1.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia), określając jednocześnie, że budowa stacji brzegowych w lokalizacji podstawowej jest obligatoryjna, a zmiana lokalizacji będzie następowała jedynie w przypadku braku prawnych możliwości realizacji budowy na danym terenie. Odwołujący I przy tym w żaden sposób nie wykazał, że lokalizacje projektu są tożsame z lokalizacjami obiektów, co do których odwołujący posiada obecnie pozwolenie radiowe.

Ponadto, Izba uznała za przekonującą argumentację zamawiającego co do braku możliwości wyłącznej rezerwacji kanału ogólnego VHF 16 i kanału DSC VHF 70 obsługujących częstotliwości ratownicze.

Z uwagi na powyższe Izba uznała za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu argumentację i dowód złożony przez odwołującego I w zakresie

odnoszącym się do wyceny kosztów związanych z rezerwacją częstotliwości radiowych przysługujących odwołującemu I.

W konsekwencji, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Ad. zarzutu nr 2:

Zarzut niezastosowania **art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp**, w sytuacji, gdy zamawiający powinien był wezwać WASKO S.A. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie części zamówienia polegającej na kalkulacji ceny za: pkt 2 Formularza cenowego pt. Adaptacja istniejących lokalizacji do pełnienia funkcji stacji brzegowych; pkt 3.1 Adaptacja ośrodka nadawczo-odbiorczego Gdynia; pkt 3.2 Adaptacja ośrodka nadawczo-odbiorczego Świnoujście; pkt 6.2 Koszty wytworzenia oprogramowania, co w efekcie powinno prowadzić do odrzucenia oferty WASKO S.A. z uwagi na błędnie obliczenie wartości części składowych ceny zamówienia oraz przedstawienie rażąco niskiej ceny w stosunku do części przedmiotu zamówienia.

Zarzut bezzasadny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami*



*potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Izba wskazuje, że powyższy zarzut został sformułowany przez odwołującego I w sposób wadliwy. W ramach podniesionego zarzutu odwołujący I kwestionował zaniechanie wezwania wykonawcy WASKO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Stwierdzić należy, że stawiając zarzut zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący I zobowiązany był wykazać, że zaoferowana cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Tymczasem, odwołujący I w ogóle nie kwestionował całkowitej ceny oferty wykonawcy WASKO, a nadto nie wykazał w odwołaniu, że kwestionowane przez niego pozycje formularza cenowego stanowią istotne elementy składowe ceny oferty. Odwołujący I nie wykazał, że cena oferty lub jej istotne elementy powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego i skłonić go do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Warto dodać, że wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, co wprost wynika z postanowień wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ (§ 3 ust. 2) i zawiera wszystkie koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu umowy oraz obejmuje również zysk.

Zgodnie zaś z postanowieniami rozdziału XII SIWZ zatytułowanego: *Opis sposobu obliczania ceny: „Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia”* (rozdz. XII pkt 1), przy czym *„łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ”* (rozdz. XII pkt 2).

W punkcie C formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani podać łączną cenę ofertową brutto, stanowiącą całkowite wynagrodzenie wykonawcy, uwzględniające wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Cena ta miała wynikać z formularza (zestawienia) cenowego ujętego w formie tabelarycznej, zawierającej 7 pozycji (z podziałem na podpunkty):

poz. 1 - Zaprojektowanie i budowa obiektów stacji brzegowych; poz. 2 – Adaptacja istniejących lokalizacji do pełnienia funkcji stacji brzegowych; poz. 3 - Adaptacja Ośrodków Nadawczo-Odbiorczych; poz. 4 - System radiokomunikacyjny; poz. 5 - Systemy antenowe; poz. 6 - System obsługi operacyjnej; poz. 7 - Inne koszty gdzie indziej niesklasyfikowane (np. oprogramowanie, stacje zarządzające, akcesoria instalacyjne).

W ocenie Izby, formularz cenowy wypełniany przez wykonawców na potrzeby tego postępowania ma charakter jedynie pogładowy. Struktura ceny nie ma wpływu na rozliczenia. Podnieść również należy, że sam odwołujący I nie wskazał czy i jakie znaczenie ma rozbieżność cenowa na poszczególne pozycje tego zestawienia cenowego na tle poszczególnych postanowień SIWZ.

Co do kwestii kosztów adaptacji istniejących lokalizacji do pełnienia funkcji stacji brzegowych (pozycja 2 formularza cenowego) oraz kosztów adaptacji Ośrodka Nadawczo-Odbiorczego Gdynia i Świnoujście (odpowiednio pozycje 3.1. i 3.2. formularza cenowego), Izba uznała za przekonujące twierdzenia przystępującego WASKO, zawarte w piśmie procesowym z dnia 24.09.2018 r., iż w ramach pozycji formularza cenowego odnoszących się do adaptacji wykonawca ten wycenił koszty związane stricte z pracami adaptacyjnymi (budowlanymi), natomiast koszty związane z dostawami urządzeń i ich montażem zawarł w odrębnych pozycjach formularza cenowego, odnoszących się do dostawy systemu radiokomunikacyjnego, a także systemów antenowych. Powyższe, z uwagi na pogładowy charakter całego formularza cenowego było w ocenie Izby dopuszczalne i w pełni uprawnione. Za przekonujące Izba uznała również twierdzenia, iż w ramach pozycji odnoszących się do dostaw systemów, wykonawca zawarł koszty związane z instalacjami CCTV i niskoprądowymi. Zdaniem przystępującego WASKO zarówno rejestrator, jak i stanowisko CCTV są pozycjami sprzętowymi, w ramach których znajdują się również koszty związane z zainstalowaniem i uruchomieniem.

Odnosnie kwestii kosztów ujętych w pozycji 6.2. Koszty związane z wytworzeniem oprogramowania Izba również uznała za przekonującą argumentację przystępującego WASKO, iż w ramach tej pozycji uwzględnił koszty związane z integracją i uruchomieniem dostarczonych systemów, zaś sam koszt oprogramowania standardowego, gotowego, na którym zamierza bazować przystępujący WASKO ujęty został w pozycji formularza cenowego dotyczącej systemu radiokomunikacyjnego (wyposażenia i konsoli dyspozytorskich).

Z uwagi na powyższe Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Ad. zarzutu nr 3:

Zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp** poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, iż WASKO S.A. wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, tj. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WASKO S.A. z postępowania, mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, a w następstwie naruszenie **art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;  
oraz podnoszony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia **art. 26 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WASKO S.A. do uzupełnienia wykazu robót; a także zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez naruszenie w ten sposób zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut bezzasadny.

*Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

*Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.*

*Zgodnie z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.*

*Stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

*Z kolei przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.*

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W rozdziale V SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu pkt 1 ppkt 2 lit. c) A zamawiający wskazał, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy – zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy PZP spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) 1 (jedną) usługę polegającą na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto.

b) 2 (dwie) roboty budowlane polegającą na budowie obiektu radiokomunikacyjnego lub telekomunikacyjnego w postaci wieży o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto.

Pod pojęciem budowy systemu radiokomunikacyjnego zamawiający rozumie budowę systemu radiokomunikacyjnego składającego się z minimum 1 (jednej) konsoli dyspozytorskiej sterującej minimum 3 (trzema) zestawami radiotelefonów znajdujących się geograficznie w różnych lokalizacjach”.

Wskazać należy, że odwołujący I nie udowodnił, że wykaz robót złożony przez wykonawcę WASKO przy piśmie z dnia 16 sierpnia 2018 roku, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy.

Przede wszystkim, Izba zauważa, że odwołujący I nie wykazał swoich twierdzeń, iż przedstawiony przez wykonawcę WASKO wykaz robót nie potwierdza posiadania przez tego wykonawcę wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania usługi polegającej na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł brutto. Stwierdzić bowiem należy, iż sama klasyfikacja i podział na usługi oraz na roboty budowlane nie jest przesądzająca, ponieważ w ramach robót budowlanych mogą zawierać się też elementy usług. Liczy się faktyczny zakres realizowanego zamówienia. Dlatego też argumentacja, iż złożony przez wykonawcę wykaz jest wykazem dwóch robót budowlanych i nie dotyczy realizacji usług jest niewystarczająca dla wykazania zasadności

zarzutu w tym zakresie. Izba uznała za przekonującą argumentację przystępującego WASKO, że w ramach referencyjnych zamówień wykonano również systemy radiokomunikacyjne, pomimo, że były to postępowania ogłoszone na roboty budowlane.

Odnośnie twierdzeń odwołującego I, iż referencyjne projekty wykazane przez wykonawcę WASKO nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia wykonawcy w zakresie realizacji budowy systemu radiokomunikacyjnego składającego się z minimum 1 konsoli dyspozytorskiej sterującej minimum 3 zestawami radiotelefonów znajdujących się geograficznie w różnych lokalizacjach, Izba uznała, że nie zostały one udowodnione.

Odwołujący I podawał, że w programach funkcjonalno-użytkowych referencyjnych zamówień brak jest informacji, iż wykonawca był zobowiązany zaoferować rozwiązanie w postaci konsoli dyspozytorskiej sterującej minimum 3 zestawami radiotelefonów. Brak w tej dokumentacji informacji w jaki sposób dochodzi do sterowania oferowanymi radiotelefonami.

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przedstawioną przez przystępującego WASKO, iż to, że w programach funkcjonalno-użytkowych nie zostało wyszczególnione, iż w ramach zamówienia należy dostarczyć konsolę dyspozytorską z radiotelefonami, nie przesądza o tym, że taki zakres nie został przez wykonawcę wykonany. Z poszczególnych postanowień programów funkcjonalno-użytkowych referencyjnych projektów (przywołanych przez przystępującego WASKO w piśmie procesowym z dnia 24 września 2018 r.) wynika, że ośrodki radiokomunikacyjne Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej miały być wyposażone w urządzenia łączności radiowej, a to oznacza, dostarczenie stanowiska do obsługi tych urządzeń, wyposażonego w dedykowane oprogramowanie, co jak stwierdził przystępujący WASKO, odpowiada dostawie i uruchomieniu konsoli dyspozytorskiej.

Z drugiej zaś strony odwołujący I nie udowodnił, że wykonawca WASKO w ramach referencyjnych postępowań nie dostarczył konsoli dyspozytorskiej sterującej minimum 3 zestawami radiotelefonów znajdujących się geograficznie w różnych lokalizacjach. Odwołujący I nie wykazał też w szczególności, co podnosił w trakcie rozprawy, że wykonawca WASKO realizując referencyjne zamówienia bazował na konsolach operatorskich będących w posiadaniu Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny.

#### Ad. zarzutu nr 4:

Zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z postępowania WASKO S.A. w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi

do wykonania zamówienia, choć wykonawca ten wymaganych warunków nie spełnił; ewentualny zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie/i art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp** przez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy WASKO S.A., pomimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnośnie osób wskazanych w wykazie osób na niektóre stanowiska, względnie, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w odniesieniu do następujących stanowisk: Specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych, Kierownika Projektu i Specjalisty ds. budowlanych;

kolejny ewentualny zarzut w tym zakresie – zarzut naruszenia **art. 26 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wobec WASKO S.A. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób wskazanych na ww. stanowiskach – w zakresie doświadczenia zawodowego i sporządzenia opisu wykonywanych czynności przez te osoby oraz w zakresie podania podstawy dysponowania tymi osobami.

Zarzut bezzasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:*

*16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*

*17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności,*

o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W rozdziale V SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu pkt 1 ppkt 2 lit. c) B zamawiający wskazał, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy – zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy PZP spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – Wykonawca spełni warunek, jeżeli skieruje do realizacji niniejszego zamówienia publicznego niżej wymienione osoby:

- 1 (jedną) osobę pełniącą funkcję kierownika projektu, posiadającą wykształcenie wyższe, doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu i kierowaniu projektami budowy sieci lub systemów teleinformatycznych na co najmniej 2 (dwóch) projektach (zrealizowanych lub realizowanych) o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych 00/100) każdy;
- 1 (jedną) osobę pełniącą funkcję specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych, posiadającą wykształcenie wyższe, doświadczenie zawodowe w budowie systemów radiotelekomunikacyjnych dla co najmniej 2 (dwóch) projektów (zrealizowanego lub realizowanego) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100) każdy,
- 1 (jedną) osobę pełniącą funkcję specjalisty ds. budowlanych, posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, oraz minimum 2 letniego udokumentowanego doświadczenia zawodowego przy realizacji 2 (dwóch) projektów o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych 00/100) każdy.

W ramach powyższego zarzutu odwołujący I podnosił m.in., że wykonawca WASKO w wykazie osób zupełnie pominął opis wykonywanych czynności danej osoby kierowanej do realizacji zamówienia, co było wymagane przez SIWZ (informacje wymagane w ramach ostatniej kolumny wykazu osób). Według odwołującego I brak takiego opisu umożliwił ocenę czy kierowani do wykonania zamówienia specjaliści posiadają wymagane doświadczenie zawodowe.

Izba zauważyła, że pomimo faktycznego braku wyspecyfikowania opisu czynności wykonywanych przez osoby kierowane do realizacji zamówienia, opis doświadczenia posiadanego przez te osoby (zawarty w ostatniej kolumnie wykazu osób) referuje do warunku udziału w postępowaniu opisanego przez zamawiającego i potwierdza jego spełnianie,

albowiem jest zgodny z brzmieniem warunku i potwierdza również, że doświadczenie przez daną osobę zostało nabyte przy realizacji wskazanych (referencyjnych) projektów. Tym samym, zbędne byłoby nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy WASKO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazywanych osób w zakresie opisu ich doświadczenia zawodowego.

Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego I w wykazie osób, złożonym przez wykonawcę WASKO, została też wskazana podstawa do dysponowania tymi osobami – poprzez użycie sformułowania „samodzielnie”. Sformułowanie to oznacza jednoznaczną deklarację, iż wykonawca dysponuje samodzielnie tymi osobami.

Odwołujący I podnosił również, iż w wykazie projektów referencyjnych przedstawionych dla osoby wskazanej w pozycji 1 wykazu osób, tj. osoby pełniącej funkcję kierownika projektu, zostały wymienione projekty, które dotyczą „systemów radiodifuzyjnych”, a zgodnie z wymogiem SIWZ doświadczenie tej osoby miało obejmować projekty związane z nadzorowaniem i kierowaniem projektami budowy „sieci lub systemów teleinformatycznych”. Powyższe twierdzenie ma oparcie w informacjach zawartych w wykazie osób, złożonym przez wykonawcę WASKO, albowiem odnośnie osoby wskazanej w pozycji 1, nie powoływano się na doświadczenie przy realizacji budowy sieci lub systemów radiodifuzyjnych. Tym samym, nietrafna jest argumentacja podnoszona przez odwołującego I, a zarzut w tym zakresie jest bezzasadny.

Co do kwestii, iż osoba wymieniona w pozycji 2 wykazu osób, tj. osoba pełniąca funkcję specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych nie posiada kierunkowego wykształcenia w zakresie telekomunikacji należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu osoba ta powinna posiadać wykształcenie wyższe, przy czym warunek nie precyzuje kierunku wykształcenia, jakim ma legitymować się ta osoba.

Odwołujący I podnosił również, że osoba wymieniona w pozycji 2 wykazu osób, tj. osoba pełniąca funkcję specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych, nie ma wymaganego doświadczenia zawodowego. Odwołujący I w tym zakresie powoływał się na ogólnodostępną informację w Internecie, z której miało wynikać, że osoba ta nie jest zatrudniona w firmie WASKO na stanowisku specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych. Odwołujący I w celu udowodnienia swoich twierdzeń przedłożył dowód w postaci wydruku ze strony internetowej portalu społecznościowego (wydruk ze strony LinkedIn).

Podnieść należy, że w ocenie Izby, dowody w postaci wydruków ze stron internetowych portali społecznościowych są całkowicie niemiernodajne i niewiarygodne i w żaden sposób nie mogą stanowić podstawy do udowodnienia okoliczności wskazywanych przez odwołującego I. Informacje zawarte na portalach społecznościowych nie są bowiem



w żaden sposób weryfikowane. Osoba zakładająca swój profil może zamieszczać na nim dowolne informacje, nawet nieprawdziwe. Nadto, informacje te mogą być też zmodyfikowane w każdej chwili, czy nawet zhakowane. Wydruki ze stron portali społecznościowych mogą co najwyżej wskazywać na pewne wątpliwości co do rzetelności informacji przedstawianych w ramach postępowania, ale nie mogą stanowić wyłącznego dowodu, składanego w celu potwierdzenia prawdziwości czy też zaprzeczenia prawdziwości tych informacji. W konsekwencji, Izba uznała powyższe twierdzenia za nieudowodnione.

Ponadto, odwołujący I podnosił, że osoba wskazana w pozycji 3 wykazu osób, tj. osoba pełniąca funkcję ds. budowlanych, zgodnie z ogólnodostępną informacją zawartą w Internecie nie jest zatrudniona w firmie WASKO S.A., a w firmie Gastel Prefabrykacja S.A., a zatem WASKO samodzielnie nie dysponuje tą osobą, a przynajmniej są co do tego uzasadnione wątpliwości. Izba uznała, że twierdzenia te (brak samodzielnego dysponowania ww. osobą) nie zostały udowodnione przez odwołującego I, na którym ciążył obowiązek dowodowy w tym zakresie. Otóż, odwołujący I złożył jedynie dowód w postaci wydruku ze strony internetowej portalu społecznościowego (wydruk ze strony GoldenLine). Dowód ten w ocenie Izby jest całkowicie niemiarodajny i niewiarygodny z przyczyn, o których mowa była powyżej w odniesieniu do analogicznego dowodu.

Odwołujący I wskazywał również, że firma Gastel Prefabrykacja S.A. jest wiodącym dostawcą na terenie Polski prefabrykacji masztów i wież telekomunikacyjnych co może sugerować dodatkowo, że firma ta będzie pełniła pewne role w dostawach bądź budowie obiektów masztowych na rzecz zamawiającego jako podwykonawca. Izba uznała, że bez znaczenia jest przedmiot działalności całkiem innego podmiotu, u którego rzekomo pracę swoją wykonuje jedna z osób wskazanych w wykazie osób, złożonym przez wykonawcę WASKO. Twierdzenia odwołującego I nie mają związku z zarzutem, a co najmniej nie potwierdzają w żaden sposób zarzutu kierowanego względem wykazu osób, złożonego przez wykonawcę WASKO.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołujący I nie udowodnił, że wykonawca WASKO nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a tym bardziej nie wykazał, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnośnie osób wskazanych w wykazie osób, czy też, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym, zarzut podnoszony przez odwołującego I okazał się bezzasadny.

## Odnoszenie zarzutów w zakresie oferty CELNET Sp. z o.o. S.K. (część II zarzutów):

### Ad. zarzutu nr 1:

Zarzut bezzasadny.

Uzasadnienie tożsame jak w przypadku analogicznego zarzutu nr 1 dotyczącego oferty złożonej przez wykonawcę WASKO S.A.

### Ad. zarzutu nr 2:

Zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CELNET Sp. z o.o. S.K., pomimo, że podmiot ten sprzecznie z poczynioną deklaracją nie ma możliwości wykonania całości przedmiotu zamówienia w systemie zapewnienia jakości określonym normą ISO 9001, a więc oferta jest sprzeczna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia;  
zarzut ewentualny - podnoszony z ostrożności - zarzut naruszenia **art. 91 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne przyznanie temu wykonawcy punktów w kryterium związanym z ISO, co mogło wpłynąć na pozycję tego wykonawcy w rankingu ofert.

Zarzut bezzasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W rozdziale XIII SIWZ zatytułowanym: *Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wagi każdego z kryteriów i sposobu oceny ofert* zamawiający zawarł m.in. kryterium „System zapewnienia jakości ISO 9001” – I i wskazał sposób oceny tego kryterium, tj. za wykonanie przedmiotu zamówienia w tym systemie zamawiający miał przyznać 5 pkt. Ponadto, zamawiający wyjaśnił, że pod pojęciem „System zapewnienia jakości ISO 9001” należy rozumieć wykonanie przedmiotu zamówienia w systemie zapewnienia jakości ISO 9001 oraz, że wykonawca wskazuje kryterium w tym zakresie w formularzu oferty.

Wykonawca CELNET zadeklarował w swojej ofercie: TAK w kryterium „System zapewnienia jakości ISO 9001”. Jednocześnie w informacji zawartej w ofercie o poleganiu na zasobach innych podmiotów wykonawca ten wskazał, że będzie polegał na zasobach

innych podmiotów - firmy Herkules S.A. (realizującej prace budowlane) m.in. w zakresie systemu zarządzania ISO 9001.

Przede wszystkim należy zauważyć, że wykonawca CELNET zadeklarował w swojej ofercie, że wykona przedmiot zamówienia w systemie jakości ISO 9001. Z postanowień SIWZ nie wynika, aby na etapie składania oferty wykonawcy zobowiązani byli posiadać certyfikat ISO 9001, czy też musieli legitymować się takim certyfikatem. Słusznie też zauważył przystępujący CELNET, iż taki system może zostać wdrożony u wykonawcy do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, wystarczająca była jedynie deklaracja wykonawcy o wykonaniu zamówienia w systemie zapewnienia jakości ISO 9001 dla przyznania dodatkowych punktów w ramach tego kryterium. Brak też jakichkolwiek podstaw do stawiania zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ w tym zakresie.

W konsekwencji, Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny.

#### Ad. zarzutu nr 3:

Zarzut niezastosowania przez zamawiającego **art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp** i zaniechania odrzucenia oferty CELNET Sp. z o.o. S.K., w sytuacji, gdy oferta ta zawierała błędy w obliczeniu ceny, które polegały na pominięciu w kalkulacji ceny oferty kosztów wskazanych w odwołaniu.

Zarzut bezzasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.*

Podniesiony przez odwołującego I powyższy zarzut opierał się w głównej mierze na okoliczności, iż wykonawca CELNET w pozycji nr 7 formularza cenowego podał kwotę 0 zł, w której oferenci winni byli wymienić koszty gdzie indziej niesklasyfikowane.

Poza sporem pozostaje okoliczność, iż wykonawca CELNET podał w formularzu cenowym cenę 0 zł w pozycji nr 7 - zatytułowanej: *Inne koszty gdzie indziej niesklasyfikowane (np. oprogramowanie, stacje zarządzające, akcesoria instalacyjne).*

W pierwszej kolejności należy wskazać (na co już wcześniej Izba zwróciła uwagę), że wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, co wynika m.in. z postanowień § 3 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ i zawiera wszystkie koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu umowy oraz obejmuje również zysk.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XII SIWZ zatytułowanego: *Opis sposobu obliczania ceny*: „Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia” (rozd. XII pkt 1), przy czym „łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ” (rozd. XII pkt 2).

W punkcie C formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani podać łączną cenę ofertową brutto, stanowiącą całkowite wynagrodzenie wykonawcy, uwzględniające wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Cena ta miała wynikać z formularza (zestawienia) cenowego ujętego w formie tabelarycznej, zawierającej 7 pozycji (z podziałem na podpunkty): poz. 1 - Zaprojektowanie i budowa obiektów stacji brzegowych; poz. 2 – Adaptacja istniejących lokalizacji do pełnienia funkcji stacji brzegowych; poz. 3 - Adaptacja Ośrodków Nadawczo-Odbiorczych; poz. 4 - System radiokomunikacyjny; poz. 5 - Systemy antenowe; poz. 6 - System obsługi operacyjnej; poz. 7 - Inne koszty gdzie indziej niesklasyfikowane (np. oprogramowanie, stacje zarządzające, akcesoria instalacyjne).

W ocenie Izby, formularz cenowy wypełniany przez wykonawców na potrzeby tego postępowania ma charakter jedynie poglądowy. Podnieść również należy, że odwołujący nie wskazał czy i jakie znaczenie ma rozbieżność cenowa na poszczególne pozycje tego formularza cenowego na tle poszczególnych postanowień SIWZ. Zdaniem Izby, wyliczenie kosztów wskazane przez zamawiającego w pozycji nr 7 formularza cenowego, w tym kosztów związanych z oprogramowaniem, stacjami zarządzającymi, akcesoriami instalacyjnymi jest przykładowe i nie jest wiążące, tzn. nie nakłada obowiązku wskazania tych kosztów w tej pozycji, jeśli wykonawca sklasyfikował je gdzie indziej. Wykonawca mógł odmiennie zaklasyfikować koszty, co też uczynił. Wykonawca CELNET zaprezentował w tym zakresie wyczerpujące stanowisko w piśmie z dnia 24.09.2018 r., stwierdzając, że w punkcie 7 formularza ofertowego podał cenę 0 zł, bowiem nie posiada takich kosztów, które nie zostałyby ujęte w pozycjach 1 - 6 tabeli. Przystępujący CELNET podnosił także, że koszty, których brak wyceny zarzucał odwołujący, tj. opłaty za badania promieniowania PEM (dla potrzeb ochrony ludności oraz BHP), badania zasięgowe oraz pozwolenia radiowe zawarł w pozycjach 1.1, 1.2, 2, bowiem są to elementy nierozdzielnie związane z zaprojektowaniem i budową obiektów stacji brzegowych oraz adaptacją istniejących lokalizacji (ośrodków) do pełnienia funkcji stacji brzegowych, a koszty szkolenia zawarł w pozycji 6.2., bowiem będzie ono dotyczyło zasad użytkowania wybudowanego systemu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołujący I nie wykazał, iż oferta wykonawcy CELNET zawierała błędy w obliczeniu ceny.

Ad. zarzutu nr 4:

Zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELNET Sp. z o.o. S.K. pomimo, że pracownicy tego podmiotu brali uprzednio udział, jako inżynier kontraktu w projekcie budowy na rzecz zamawiającego systemu KSBM, a tym samym mieli istotny udział w czynnościach, które doprowadziły do przygotowania niniejszego postępowania;  
oraz podnoszony z ostrożności zarzut naruszenia **art. 24 ust. 10 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury sanacyjnej i zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy CELNET Sp. z o.o. S.K.

Zarzut bezzasadny.

*Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.*

*Zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.*

*Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.*

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie tzw. procedury odwróconej określonej w art. 24aa ustawy Pzp (co wynika bezpośrednio z postanowień SIWZ – rozdział II punkt 4 oraz protokołu postępowania o udzielenie zamówienia).

*Zgodnie z art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega*

*wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.*

Oferta wykonawcy CELNET nie była ofertą ocenioną przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza. Tym samym, na dzień wyrokowania zamawiający nie badał wykonawcy CELNET pod kątem zaistnienia przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, w tym także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

#### Ad. zarzutu nr 5:

Zarzut naruszenia **89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp** poprzez powierzenie przez wykonawcę CELNET Sp. z o.o. S.K. całości prac związanych z systemem radiokomunikacyjnym spółce pod firmą Elvys s.r.o.l. pomimo, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nakazywała by prace związane z integracją (budową) systemu radiokomunikacyjnego były wykonywane osobiście przez oferenta, czyli CELNET Sp. z o.o. S.K.

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się, ale z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania nie mogło to stanowić podstawy do jego uwzględnienia przez Izbę. Oferta wykonawcy WASKO S.A. pozostaje bowiem w dalszym ciągu ofertą najkorzystniejszą z uwagi na brak potwierdzenia się zarzutów w stosunku do tej oferty. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp *zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:*

- 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;*
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.*

W rozdziale III – *Opis przedmiotu zamówienia* punkt 8 SIWZ zamawiający wskazał, że: *„zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych prac dla zamówienia: usługi w zakresie integracji (budowy) systemu radiotelekomunikacyjnego”.*

W formularzu ofertowym wykonawca CELNET podał, że podwykonawcy Elvys s.r.o. zamierza powierzyć: *„budowę systemu radiokomunikacyjnego”.*

W odpowiedzi z dnia 6.07.2018 r. na pytanie wykonawców nr 134 o treści: „*W pkt III p.pkt 8 SIWZ, Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych prac dla zamówienia: usługi w zakresie integracji (budowy) systemu radiotelekomunikacyjnego. W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie czy Zamawiający oczekuje by Wykonawca wykonywujący kluczowe prace dla zamówienia był autorem/deweloperem systemu (oprogramowania) integrującego elementy aktywne systemu radiokomunikacyjnego (nadajniki/odbiorniki VHF/MF, kontrolery, serwery radiokomunikacyjne, konsole operatorskie), czy też od Wykonawcy wykonującego kluczowe prace dla zamówienia ma wykonać osobiście inny zakres usług?*”

zamawiający wyjaśniał:

**Odpowiedź** „*Zamawiający potwierdza, iż usługi w zakresie integracji (budowy) systemu radiotelekomunikacyjnego to w szczególności prace związane z instalacją i konfiguracją oprogramowania serwerów komunikacyjnych obsługujących konsole oraz radiotelefony, instalacją i konfiguracją konsol radiowych, a także prace instalacyjne w zakresie instalacji radiotelefonów i modułów komunikacyjnych/sterowania*”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 września 2018 roku stwierdził, że w świetle odpowiedzi na pytanie nr 134 brak jest przeciwwskazań, aby wykonawca CELNET integrował i instalował system, którego dostawcą będzie Elvys s.r.o.

Z kolei przystępujący CELNET w swoim piśmie procesowym również z dnia 24 września 2018 roku podnosił, iż na etapie realizacji niniejszego zamówienia firma Elvys s.r.o. będzie dostarczała jedynie niektóre komponenty niezbędne do budowy systemu radiokomunikacyjnego takie jak serwery telekomunikacyjne wraz z oprogramowaniem, kontrolery stacji radiowych oraz konsole. Kolejne zaś elementy systemu, tj. radiotelefony/radiostacje, systemy antenowe, moduły komunikacyjne, radionamierniki będą dostarczane przez samego przystępującego, a następnie usługi w zakresie integracji systemu radiokomunikacyjnego będą wykonywane osobiście przez przystępującego. Zatem, według przystępującego CELNET sama integracja systemu radiokomunikacyjnego będzie realizowana osobiście przez wykonawcę.

Zdaniem Izby, odpowiedź zamawiającego na pytanie wykonawców nr 134, udzielona w ramach wyjaśnień treści SIWZ, wbrew twierdzeniom samego zamawiającego, niczego nie zmienia w kwestii oceny zasadności zarzutu podniesionego przez odwołującego I.

Wskazać należy, że w ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 6.07.2018 r. (odpowiedź na pytanie nr 134) zamawiający dokonał interpretacji/wykładni pojęcia usług w zakresie integracji (budowy) systemu radiotelekomunikacyjnego zastrzeżonych do osobistego

wykonania i wskazał które to prace w szczególności składają się na definicję integracji (budowy), przy czym użycie sformułowania „w szczególności” sugeruje, że jest to katalog otwarty.

Wykonawca CELNET w swojej ofercie zadeklarował, że powierzy podwykonawcy „budowę systemu radiokomunikacyjnego”, a zatem w sposób bardzo szeroki opisał zakres prac jaki zamierza powierzyć podwykonawcy i zakres ten – w ocenie Izby – pokrywa się z zakresem prac zastrzeżonych przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę, tj. usług w zakresie integracji (budowy) systemu radiotelekomunikacyjnego.

Z uwagi na jednoznaczne brzmienie treści samej oferty Izba uznała, iż nie są uprawnione twierdzenia podnoszone przez przystępującego CELNET i zamawiającego, iż podwykonawca Elvys s.r.o. będzie tylko i wyłącznie dostawcą elementów systemu radiokomunikacyjnego, a sama integracja i instalacja systemu będzie wykonywana osobiście przez wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut za uzasadniony, niemniej jednak, jak już powyżej zostało wskazane, uwzględnienie przedmiotowego zarzutu nie miałyby wpływu na wynik postępowania – wybór oferty najkorzystniejszej, dlatego też w konsekwencji Izba oddaliła odwołanie w całości.

### **Odniesienie części III zarzutów**

W konsekwencji powyższych ustaleń, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia **art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp**, iż zamawiający nie wybrał zgodnie z brzmieniem tego przepisu oferty odwołującego I, choć to ona była najkorzystniejsza, zgodna z Pzp, zgodna z SIWZ, a z naruszeniem tego przepisu zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, która nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w rozumieniu tego przepisu.

### **Sygn. akt: KIO 1820/18**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*



Przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pz stanowi, że:

- 1) *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*
- 3) *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Oferta odwołującego II została najwyżej oceniona spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, dlatego też zamawiający pismem z dnia 24 lipca 2018 roku na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Cybernetica AS do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń wskazanych w Rozdziale VI punkt 7 SIWZ w terminie do dnia 30 lipca 2018 roku.

Odwołujący II w terminie odpowiedział na powyższe wezwanie przedkładając stosowne dokumenty.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2018 roku zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Cybernetica AS do uzupełnienia złożonych dokumentów w terminie do dnia 10 sierpnia 2018 roku w zakresie:

- dokumentu potwierdzającego, że odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - wskazując w tym zakresie, że wśród złożonych dokumentów brakuje tłumaczenia dokumentu na język polski;

- informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp - wskazując w tym zakresie, że nadal brakuje informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej urzędujących członków zarządu Odwołującego tj. R. H. oraz O. V.;
- wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, dat wykonania, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie - wskazując m.in., że w zakresie referencji wystawionych przez podmioty: PT Multiintegra oraz RIKS brakuje dokumentów potwierdzających, że usługi zostały przez odwołującego II prawidłowo wykonane.

Odwołujący II odpowiadając na wezwanie z dnia 8 sierpnia 2018 roku przekazał zamawiającemu w dniu 10 sierpnia 2018 roku – drogą elektroniczną – wymagane dokumenty, a także w tym samym dniu nadał je pocztą tradycyjną. Dokumenty w oryginale wpłynęły do siedziby zamawiającego w dniu 13 sierpnia 2018 roku.

Pismem z dnia 4 września 2018 roku zamawiający poinformował odwołującego II o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty, a także o wyborze oferty WASKO S.A. jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący II w ramach zarzutów podniesionych w odwołaniu w istocie kwestionował wyłącznie termin jaki zamawiający wyznaczył mu na uzupełnienie dokumentów w wezwaniu z dnia 8 sierpnia 2018 roku, stwierdzając, że był on zbyt krótki i niemożliwy do dochowania. Odwołujący II zobowiązany był złożyć wymagane wezwaniem dokumenty do dnia 10 sierpnia 2018 roku w oryginale bezpośrednio w siedzibie zamawiającego. Odwołujący zwracał przy tym uwagę na faktyczny zakres czasowy na uzupełnienie przedmiotowych dokumentów, tj. pomiędzy dniem 8 sierpnia 2018 roku godzina 11:34 (godzina otrzymania wezwania przez odwołującego) a dniem 10 sierpnia 2018 roku godzina 15.15 (godzina zamknięcia urzędu zamawiającego).

Podkreślić też należy, że odwołujący nie kwestionował ani zakresu I wezwania, ani zakresu II wezwania, a nowe okoliczności podnoszone przez odwołującego na rozprawie co do prawidłowej formy dokumentów (tłumaczenia polisy oraz informacji z estońskiego odpowiednika KRK) złożonych zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 10 sierpnia 2018 roku, wykraczają poza zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i tym samym Izba nie mogła w tym zakresie orzekać. Podobnie w ramach zarzutów podniesionych w odwołaniu odwołujący II w ogóle nie powoływał się na brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania.

Izba rozstrzygając przedmiotowe odwołanie wzięła pod uwagę przede wszystkim to, że wezwanie z dnia 8 sierpnia 2018 roku i jego zakres nie powinno stanowić zaskoczenia dla odwołującego II.

Wskazać należy, że wezwanie z dnia 8 sierpnia 2018 roku wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczyło dokumentów, które objęte były treścią wezwania z dnia 24 lipca 2018 roku. Odwołujący II przy tym nie kwestionował ani zakresu, ani terminu wezwania z dnia 24 lipca 2018 roku. Zatem wszystkie dokumenty do których uzupełnienia odwołujący II został wezwany na mocy wezwania z dnia 8 sierpnia 2018 roku powinien był zgromadzić i przekazać zamawiającemu już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Tymczasem, odwołujący II nie złożył tych dokumentów ani w odpowiedzi na pierwsze, ani na drugie wezwanie, które zresztą nastąpiło nie od razu po zakończeniu biegu terminu na uzupełnienie dokumentów w ramach I wezwania, a w pewnej odległości czasowej (30 lipca – 8 sierpnia 2018 roku). Z tych też względów Izba uznała, że zarzut, iż zamawiający w wezwaniu z dnia 8 sierpnia 2018 roku wyznaczył odwołującemu II zbyt krótki i nierealny termin na uzupełnienie dokumentów jest bezzasadny. Wyznaczony termin był adekwatny i możliwy do dotrzymania przez wykonawcę działającego z należytą starannością, niezależnie od okoliczności, że wykonawca posiada siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej, czy też, że część tych dokumentów miała pochodzić od podmiotów trzecich. Świadczy choćby o tym data pozyskania tych dokumentów przez odwołującego I – nowe referencje datowane na dzień 9 sierpnia 2018 roku, czy zaświadczenie z estońskiego KRK datowane na dzień 8 sierpnia 2018 roku. Nie bez znaczenia jest też okoliczność, że odwołujący II nie wystąpił do zamawiającego z formalnym wnioskiem o przedłużenie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów. Za taki wniosek niewątpliwie trudno byłoby uznać informację skierowaną przez wykonawcę do zamawiającego drogą e-mailową, iż może mieć trudność w pozyskaniu dokumentów oraz, że przedłoży je elektronicznie w wyznaczonym terminie, a oryginały dośle jak najszybciej pocztą.

Wobec powyższego Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut odwołującego II, iż zamawiający wyznaczył mu rażąco krótki, obiektywnie niemożliwy do dochowania, termin na uzupełnienie dokumentów, a także zarzut bezzasadnego wykluczenia odwołującego II z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

W konsekwencji, Izba orzekła, że odwołanie należało oddalić.

W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku – oddalając oba odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

*Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

*Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

*Stosownie do § 3 pkt 1 i pkt 2 powołanego powyżej rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:*

- 1) wpis, obejmujący w szczególności (...)*
- 2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:
  - a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,*
  - b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.**

*Zgodnie zaś z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2.*

W niniejszej sprawie – co wynika z punktu 1 sentencji orzeczenia – Izba oddaliła oba odwołania.

Na koszty postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego I (sygn. akt KIO 1793/18) w kwocie 10 000,00 zł oraz przez odwołującego II (sygn. akt KIO 1820/18) w kwocie 10 000,00 zł, które to kwoty w łącznej wysokości 20 000,00 zł Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego w sprawie o sygn. akt KIO 1793/18 w wysokości 3 600,00 zł oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1820/18 w wysokości 3 600,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 2 sentencji wyroku i zasądziła od odwołującego I oraz od odwołującego II na rzecz zamawiającego kwoty po 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....