

Sygn. akt KIO 1524/13

Sygn. akt KIO 1528/13

**WYROK**

**z dnia 11 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: LubomiraMatczuk-Mazuś**

**Protokolant: AgataDziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2013 r. przez wykonawców:

- A. RadioPartners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 19A (sygn. akt KIO 1524/13),**  
**B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74, 2. Akxel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Lipowa 17 (sygn. akt KIO 1528/13),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi, 91-048 Łódź, ul. Lutomierska 108/112,**

przy udziale wykonawców:

**- sygn. akt KIO 1524/13:**

- A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74, 2. Akxel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Lipowa 1,**

**B. J..... K..... Hardsoft-Telekom, 60-166 Poznań, ul. Namysłowska 17/19**

- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

- sygn. akt KIO 1528/13:

A. J..... K..... Hardsoft-Telekom, 60-166 Poznań, ul. Namysłowska 17/19

- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

**1. A. sygn. akt KIO 1524/13 -uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

**B. sygn. akt KIO 1528/13 - oddala odwołanie;**

**2.** Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi, 91-048 Łódź, ul. Lutomiarska 108/112 (sygn. akt KIO 1524/13) oraz odwołującego B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74, 2. Aksel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Lipowa 1 (sygn. akt KIO 1528/13) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących:

A. RadioPartners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 19A (sygn. akt KIO 1524/13), B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74, 2. Aksel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Lipowa 1 (sygn. akt KIO 1528/13), tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi, 91-048 Łódź, ul. Lutomiarska 108/112 na rzecz odwołującego A. RadioPartners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 19A (sygn. akt KIO 1524/13) kwotę **18 600zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od odwołującego B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74, 2. Aksel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Lipowa 1 (sygn. akt KIO 1528/13) na rzecz Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi, 91-048 Łódź, ul. Lutomiarska 108/112, kwotę **1 800zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

z 2010 r. 113, poz. 759, 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 **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego [Przetarg nieograniczony na modernizację systemu Tetra pn. „Modernizacja systemu Tetra służąca podniesieniu sprawności służb ratowniczych w aglomeracji łódzkiej” - projekt realizowany w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007-2013].

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02/03/2013, nr 2013/S 044-070431 (dostawy).

Wykonawcy - RadioPartners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany „odwołującym A” (sygn. akt KIO 1524/13) i wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 2. Akxel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, zwani „odwołującym „B” (sygn. akt KIO 1528/13) - wnieśli odwołania od czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, podnosząc jak niżej.

**I. Odwołujący A, sygn. akt KIO 1524/13:** zarzucił zamawiającemu niezgodne z Pzp czynności polegające na:

- 1) niewłaściwej ocenie oferty odwołującego,
- 2) wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty,
- 3) wyborze oferty złożonej przez Hardsoft-Telekom J..... K..... z siedzibą w Poznaniu, jako najkorzystniejszej,

powodujące naruszenie następujących przepisów Pzp:

4) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

5) art. 7 ust. 1 i 3 przez sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który w praktyce ograniczył odwołującemu możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem zdobytym przy realizacji podobnego zamówienia dla Unii Europejskiej,

6) art. 22 ust. 1 pkt 2 przez udzielenie zamówienia podmiotowi wybranemu z naruszeniem Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 7) unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

8) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty,

9) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez przedsiębiorcę Hardsoft-Telekom J..... K....., jako najkorzystniejszej,

10) powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;

11) przeprowadzenie aukcji elektronicznej zgodnie z art. od 91 a do 91cPzp oraz pkt 19 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bądź wyłonienie najkorzystniejszej oferty, jeśli przeprowadzenie aukcji elektronicznej nie będzie zasadne.

Ponadto, wniósł o:

12) dopuszczenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na potwierdzenie okoliczności tam przywołanych,

13) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał okoliczności potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania, podał.

I. Stan faktyczny.

Odwołujący, jako podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia złożył ofertę z najniższą ceną. Dowód: Zestawienie z otwarcia ofert (zał. nr 2).

Jednym z warunków, jakie musieli spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z postanowieniami SIWZ, było posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenie. Dowód: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) - zał. nr 3.

W punkcie 8.2 SIWZ zamawiający wskazał, że „...uzna ten warunek za spełniony w odniesieniu do wykonawców, którzy należycie wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (...) co najmniej 1 dostawę, której przedmiotem zamówienia było wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej TETRA na terenie Państw Unii Europejskiej, (...)”

Na pytanie wykonawcy zadane w trybie art. 38 Pzp (pytanie nr 9), zamawiający złagodził kryterium i potwierdził, że uzna warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia za spełniony przez wykonawców, którzy należycie wykonali 1 dostawę również na terenie

innego państwa europejskiego nienależącego do Unii Europejskiej. Dowód: Pismo zamawiającego z dnia 20 marca 2013 r. w sprawie wyjaśnień na zadane pytania (zał. nr 4).

Odwołujący złożył wraz z ofertą zgodne z prawdą oświadczenie, że spełnia wymogi udziału w postępowaniu oraz „Wykaz dostaw” potwierdzających posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z art. 26 Pzp odwołujący powołał się na doświadczenie swojego partnera biznesowego - spółki 3T Communications AG (obecna nazwa Sepura Systems GmbH). Na potwierdzenie należytego wykonania dostawy opisanej w „Wykazie dostaw” odwołujący, do oferty załączył:

- Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru (Provisional Partial Acceptance Certificate) - tj. dokument wystawiony na potrzeby Unii Europejskiej potwierdzający zrealizowanie dostawy, instalacji, uruchomienia systemu i przeprowadzenia szkolenia oraz

- Świadectwo Zgodności (Certificate of Compliance) - dokument potwierdzający zakończenie testów funkcjonalnych i zgodność systemu z wymogami.

Dokumenty te zostały złożone w postaci kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem w języku angielskim. Odwołujący złożył również pełne tłumaczenie dokumentów na język polski. Dowód: Oferta odwołującego wraz z załącznikami - oświadczenie odwołującego, Wykaz Dostaw, Tymczasowe Świadectwo wraz z tłumaczeniem na język polski i Świadectwo Zgodności wraz z tłumaczeniem na język polski (zał. nr 5).

Pismem z dnia 23 kwietnia 2013 r. zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia w ciągu 2 dni dowodów potwierdzających, że odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Dowód: Pismo zamawiającego z 23 kwietnia 2013 r. (zał. nr 6).

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący pismem z dnia 25 kwietnia 2013 r. złożył wyjaśnienia i przedstawił dodatkowe dokumenty, a mianowicie: pismo partnera biznesowego - spółki 3T Communications AG wraz z tłumaczeniem, które zawierało wyjaśnienie procedur akceptacji wdrożenia Cyfrowego Systemu eXTRS w standardzie TETRA, jaki został dostarczony, zainstalowany, skonfigurowany i jest w użyciu przez Inter - Institutional Maritime Operations Center in Durres (IMOC). Do pisma odwołujący załączył również dokument zatytułowany „General Conditions for supply contracts financed by the European Union or by the European Development Fund” („Warunki Ogólne”), całość Procedury Testów Akceptacyjnych, fakturę VAT oraz potwierdzenie wykonania przelewów wraz z tłumaczeniem. Dowód: Pismo odwołującego z dnia 25 kwietnia 2013 r. wraz z załącznikami (zał. nr 7 oraz od 7a do 7e).

W dniu 12 czerwca 2013 r., zamawiający przesłał odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z informacją o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu wykluczenia odwołującego, zamawiający zaprezentował stanowisko, że złożone w toku postępowania dokumenty nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że

odwołujący dysponuje odpowiednim doświadczeniem i wiedzą. Dowód: Pismo zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty (zał. nr 8).

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że na potwierdzenie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przedstawił dokumenty obowiązujące w postępowaniach przetargowych, w których stroną zamawiającą jest Unia Europejska. Przy umowach zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których stroną jest Unia Europejska, strony zobowiązane są do stosowania zasad i procedur określonych w „Warunkach Ogólnych”.

Podał, że dokument zamieszczony jest na oficjalnej stronie internetowej Unii Europejskiej pod adresem: <http://ec.europa.eu/europeaid/prag/annexes.do?group=C>.

Dokument stanowi zbiór wytycznych, procedur oraz zawiera wzory dokumentów, które strony obowiązane są stosować w postępowaniu przetargowym z udziałem Unii Europejskiej.

„Warunki Ogólne” zostały załączone przez odwołującego, jako uzupełnienie jego oferty (załącznik nr 3 do pisma z dnia 25 kwietnia 2013 r.) w oryginalnej wersji, tj. w języku angielskim. Pismo zawierało również tłumaczenie fragmentów „Warunków Ogólnych”, które odnosiły się bezpośrednio do złożonych przez odwołującego dokumentów i objaśniały ich rolę i znaczenie w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Unię Europejską, którego beneficjentem był rząd Albanii. Odwołujący podkreślił, że przetłumaczenie i załączenie tłumaczenia całego obszernego dokumentu „Warunków Ogólnych” nie tylko nie było możliwe ze względu na ograniczony czas wyznaczony odwołującemu na uzupełnienie oraz objętość tego dokumentu, ale przede wszystkim nie było celowe, gdyż nieprzetłumaczone części pozostają bez znaczenia dla postępowania i nie miałyby żadnego wpływu na możliwość uznania, że odwołujący spełnia wymogi udziału w postępowaniu. „Warunki Ogólne” stanowią jedynie dodatkowe potwierdzenie stanowiska przedstawionego przez odwołującego w ofercie, a ponadto wskazują, że przedłożone przez odwołującego dokumenty wraz z ofertą w sposób należyty wykazują spełnianie wymogów w zakresie doświadczenia. Dowód: „Warunki Ogólne” załączone przez odwołującego do jego pisma z dnia 25 kwietnia 2013 r. (zał. nr 7c).

Paragraf 31.1 Warunków Ogólnych, opisuje przesłanki wydania przez zamawiającego dokumentu zatytułowanego „Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru”, zgodnie z którym „Dostawy są przejmowane przez Władzę Zamawiającą, gdy zostały one dostarczone zgodnie z umową, pomyślnie przeszły testy, lub zostały odebrane w inny sposób i świadectwo tymczasowego odbioru zostało wystawione lub jest uznane za wystawione. Jak wynika z powyższego, Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru jest wydane popozytywnym zakończeniu testów funkcjonalnych. Wydanie tego dokumentu oznacza zakończenie etapu tymczasowej akceptacji i rozpoczęcie normalnej eksploatacji systemu

oraz 12 miesięcznej gwarancji. Wzór dokumentu tymczasowego świadectwa odbioru znajduje się na stronie:

<http://ec.europa.eu/europeaid/prag/annexes.do?group=C&locale=en>.

Dowód: wzór tymczasowego świadectwa odbioru wydrukowany z oficjalnej strony internetowej UE (zał. nr 9).

Punkt 32.7 „Warunków Ogólnych” stanowi, że okres gwarancji rozpoczyna się z datą podpisania tymczasowej akceptacji, co potwierdza, że warunkiem wydania dokumentu Tymczasowego Częściowego Świadectwa Odbioru jest uruchomienie całego systemu i jego zgodność z wymogami zamawiającego.

„Warunki Ogólne” zawierają również zasady wydania dokumentu potwierdzającego - Końcowa Akceptacja. Zgodnie z punktem 34.1, po zakończeniu okresu gwarancji, lub kiedy jest więcej niż jeden taki okres, po zakończeniu ostatniego okresu, i kiedy wszystkie wady i uszkodzenia [ujawnione podczas okresu gwarancji] zostały naprawione, Kierownik Projektu powinien wystawić Wykonawcy świadectwo końcowej akceptacji z kopią dla Władzy Zamawiającej podając datę, z którą Wykonawca wypełnił zobowiązania umowy w sposób satysfakcjonujący dla Kierownika Projektu. Końcowe świadectwo akceptacji powinno być wystawione przez Kierownika Projektu w ciągu 30 dni od zakończenia okresu gwarancyjnego lub tak szybko jak naprawy zamówione zgodnie z paragrafem 32 zostały zakończone w sposób satysfakcjonujący dla Kierownika Projektu.

Jak wynika z powyższego, przy zamówieniach publicznych finansowanych przez Unię Europejską, Końcowe Świadectwo akceptacji wystawiane jest po zakończeniu gwarancji udzielonej na usługę. Nie należy zatem w tych postępowaniach, traktować dokumentu zatytułowanego „Końcowa Akceptacja” jako potwierdzenia należytego wykonania dostawy albowiem zgodnie z definicją znajdującą się w „Warunkach Ogólnych” dokumentem takim jest wyłącznie „Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru”.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wskazał, że na dowód wykonania i wdrożenia cyfrowego trackingowego systemu TETRA, odwołujący załączył do oferty przetłumaczone w całości Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru, z którego wynikało, że Cyfrowy System eXTRS w standardzie TETRA został dostarczony, zainstalowany, skonfigurowany i jest w użyciu przez Inter – Institutional Maritime Operations Center in Durres (IMOC). Ponadto, do oferty załączone zostało również wydane przez Unię Europejską Świadectwo Zgodności, stwierdzające, że System TETRA eXTRAS dla IMOC, przeszedł pozytywnie Procedurę Testów Akceptacyjnych i został zatwierdzony do „tymczasowej akceptacji”.

Błędne było zatem stanowisko zamawiającego przyjmujące, że przedłożony dokument nie stanowi potwierdzenia należytego zrealizowania dostawy. Jak zostało przedstawione powyżej, dokument zatytułowany „Provisional Partial Acceptance Certificate”, co w dosłownym tłumaczeniu na język polski oznacza „Tymczasowe Częściowe Świadectwo



Odbioru” jest w istocie potwierdzeniem należytego wykonania dostawy, pomimo użycia w tytule dokumentu pojęć „tymczasowy” i „częściowy. ”Dowód: Tymczasowe Częściowe Świadczenie Odbioru, załączone przez odwołującego do oferty z dnia 10 kwietnia 2013 r. (dokument w zał. nr 4).

W ocenie odwołującego, żądanie przez zamawiającego przedłożenia dokumentu, który może być wydany dopiero po upływie okresu gwarancji, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu przetargowym. Zaprezentowane przez zamawiającego stanowisko, skutkuje gorszym traktowaniem wykonawców, którzy zrealizowali zamówienie finansowane przez instytucję europejską. Tacy wykonawcy, podobnie jak odwołujący, dysponują dokumentami, których forma i treść została ściśle określona w „Warunkach Ogólnych” i nie mogą przedłożyć dokumentów o tytułach ściśle określonych przez zamawiających.

Podsumowując, z dokumentów, które zostały złożone wraz z ofertą, jak również z późniejszych wyjaśnień oraz dokumentów uzupełniających złożonych na wezwanie zamawiającego, jednoznacznie wynika, że odwołujący posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie wymagane w postępowaniu.

II. Spełnienie wymogów formalnych wniesienia środka odwoławczego.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp odwołujący, jako wykonawca ubiegający się o zyskanie zamówienia publicznego jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych ustawą.

Oferta odwołującego zawierała najniższą cenę. W przypadku gdyby odwołujący nie został wykluczony z postępowania wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zgodnie z art. 91a ust. 1 Pzp oraz punktem 18.1 SIWZ, najkorzystniejsza oferta zostałaby wyłoniona po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Mając na względzie znaczne różnice cen zawartych w ofertach konkurentów, bezspornie należy uznać, że naruszenie ustawy miało wpływ na wynik postępowania oraz spowodowało poniesienie szkody po stronie odwołującego w postaci utraconych korzyści oraz nakładów związanych z przygotowaniem oferty.

Mając na względzie powyższe, odwołujący wniósł jak na wstępie.

## **II. Odwołujący B, sygn. akt KIO 1528/13.**

I. Wniósł odwołanie od niezgodnej z Pzp czynności zamawiającego polegającej na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Hardsoft-Telekom J..... K.....,
- 2) zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jego oferty.

II. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez błędne uznanie, że treść oferty wykonawcy Hardsoft-Telekom J..... K..... odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez błędne uznanie, że wykonawca Hardsoft-Telekom J..... K..... wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

III. W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Hardsoft-Telekom J..... K....., jako oferty najkorzystniejszej,

2) dokonania ponownej oceny ofert i w jej wyniku odrzucenia oferty wykonawcy Hardsoft-Telekom J..... K..... oraz wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

IV. V. Odwołujący przedstawił okoliczności potwierdzające wniesienie odwołania w terminie oraz posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia. Wskazał, że jego oferta jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Na skutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp, odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanego naruszenia przez zamawiającego może być uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego, co niewątpliwie może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania.

Uzasadnienie Ad II. 1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

a. Zamawiający w pkt 3.3.2.9 załącznika nr 2 do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) wymagał, aby usługa przesyłania krótkich wiadomości zawierała funkcjonalność „przechowaj i przekaż” (store and forward), dzięki której wiadomość, która nie może być dostarczona w danym momencie jest przechowywana przez system i dostarczana odbiorcy w późniejszym terminie, gdy jest on już dostępny.

Wykonawca Hardsoft-Telekom J..... K..... zaoferował system TETRA NEBULA, wersja 11.19, którego producentem jest hiszpańska firma Teltronic S.A.U.

Pismem z dnia 22 maja 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę Hardsoft-Telekom J..... K..... do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty m.in. w zakresie posiadania przez system TETRA NEBULA ww. funkcjonalności. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca oświadczył, że oferowany system posiada wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność

„przechowuj i przekaz”, czego potwierdzenie znajduje się w folderze infrastruktury NEBULA zawierającym dane techniczne systemu (punkt „main supplementary services”).

Odwołujący stwierdził, że wskazany przez wykonawcę folder infrastruktury NEBULA nie zawiera w punkcie „main supplementary services” wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności „przechowuj i przekaz”. Dowód: folder infrastruktury TETRA NEBULA.

Odwołujący podkreślił, że wymieniona w folderze usługa „callretention” jest czymś zupełnie innym aniżeli wymagana w SIWZ funkcja „przechowuj i przekaz”. Call Retention („podtrzymanie/przechowywanie rozmowy”) jest to funkcja pozwalająca zabezpieczyć wybrany radiotelefon przed automatycznym rozłączeniem z trwającego połączenia głosowego przez system w przypadku braku zasobów (zajętości systemu).

Ponadto wskazał, że również z treści Certyfikatów Interoperacyjnych (IOP), na które w swoich wyjaśnieniach powołuje się wykonawca Hardsoft-Telekom J..... K....., w sposób jednoznaczny wynika, iż oferowany przez niego system TETRA NEBULA nie posiada wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności „przechowuj i przekaz” (not supported - niewspierana). Odwołujący przy tym podkreślił, że certyfikaty IOP są dokumentami o znacznie wyższej randze aniżeli foldery producenta danego systemu. Dowód: 1. Certyfikat IOP, Marzec 2010, Motorola, MTM800e (str. 2 oraz str. 12), 2. Certyfikat IOP, Marzec 2010, Motorola, MTP 850, Terminal (str. 2 oraz str. 12), 3. Certyfikat IOP, Wrzesień 2012, MTM 5400, Terminal (str. 2 oraz str. 13), 4. Certyfikat IOP, Wrzesień 2012, MTP 850S, Terminal (str. 2 oraz str. 13).

b. Zamawiający w pkt 3.4.5. załączniku nr 2 do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) wymagał, aby stacje bazowe posiadały czułość statyczną odbiornika na poziomie -120dBm lub niższym.

Z broszury reklamowej zaoferowanego przez systemu TETRA NEBULA firmy Teltronic w sposób bezsporny wynika, że stacje bazowe posiadają czułość statyczną odbiornika na poziomie -117,5/-108dBm, a więc wyższym aniżeli wymaga to zamawiający w SIWZ. Dowód: folder infrastruktury TETRA NEBULA

c. Zamawiający w pkt 3.3.5.II załącznika nr 2 do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) wymagał, aby system obsługiwał szyfrowanie z kluczem statycznym w trybie rankingowym, gdy szyfrowanie dynamiczne nie jest dostępne.

Odwołujący wskazał, że Klucz statyczny (SCK) jest wykorzystywany w Security Class 2 Air Interface Encryption (Klasa 2 Szyfrowania interfejsu radiowego), co oznacza, iż oferowana infrastruktura musi także obsługiwać Security Class 2.

Z treści certyfikatów IOP w sposób bezsporny wynika, iż infrastruktura oferowana przez Wykonawcę Hardsoft-Telekom J..... K..... nie obsługuje szyfrowania klasy 2 oraz

szyfrowania kluczem statycznym SCK (not supported- niewspierana). Dowód:1. Certyfikat IOP, Marzec 2010, Motorola, MTM800e (str. 3 oraz str. 15), 2. Certyfikat IOP, Marzec 2010, Motorola, MTP 850, Terminal (str. 3 oraz str. 15), 3. Certyfikat IOP, Wrzesień 2012, MTM 5400, Terminal (str. 3 oraz str. 15), 4. Certyfikat IOP, Wrzesień 2012, MTP 850S, Terminal (str. 3 oraz str. 16).

d. Zamawiający w pkt 3.3.5.6 załącznika nr 2 do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) wymagał, aby system obsługiwał zmianę kluczy drogą radiową. Odwołujący wskazał, że zmiana kluczy drogą radiową w testach IOP jest sprawdzana zarówno dla szyfrowania interfejsu radiowego klasy 2 (SCK) jak i dla klasy 3 (DCK) (z ang. OTAR and Change of TM-SCK).

Z powyższego wynika, że opis w SIWZ: „System musi obsługiwać zmianę kluczy drogą radiową” narzuca wymóg spełnienia przez infrastrukturę obsługi przesyłania kluczy drogą radiową, zarówno dla klasy 2, jak i dla klasy 3.

Wyniki testu IOP jednoznacznie wskazują na brak powyższej funkcjonalności (nie wspierana - not supported) w zakresie klasy 2 (Security Class 2 Air Interface Encryption) w oferowanej przez wykonawcę Hardsolt-Telekom J..... K..... infrastrukturze NEBULA. Dowód: 1. Certyfikat IOP, Marzec 2010, Motorola, MTM800e (str. 3 oraz str. 15), 2. Certyfikat IOP, Marzec 2010, Motorola, MTP 850, Terminal (str. 3 oraz stron. 15), 3. Certyfikat IOP, Wrzesień 2012, MTM 5400, Terminal (str. 3 oraz str. 15), 4. Certyfikat IOP, Wrzesień 2012, MTP 850S, Terminal (str. 3 oraz str. 16).

Mając na względzie powyższe, odwołujący jednoznacznie stwierdził, że treść oferty wykonawcy Hardsolt-Telekom J..... K..... nie odpowiada treści SIWZ i w związku z tym, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, powinna być odrzucona.

Ad II.2.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odwołujący zacytował przepis art. 26 ust. 2b ustawy - wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Podał, że wykonawca Hardsolt-Telekom J..... K..... wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oparł się na referencjach podmiotu trzeciego - hiszpańskiej spółki TeltronicS.A.U., załączając w tym celu stosowne oświadczenie. Odwołujący podkreślił,

że z treści oświadczenia w żaden sposób nie wynika, aby spółka TeltronicS.A.U. zobowiązała się oddać wykonawcy Hardsoft-Telekom J..... K..... swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Tymczasem z jednolitego w tej kwestii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi zostać złożone przez osobę uprawnioną (osoby uprawnione) do reprezentowania, podmiotu trzeciego w powyższym zakresie (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 326/13). Podobnie w wyroku z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. akt 2234/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *to podmiot trzeci udostępniający dany potencjał winien wskazać rodzaj i ilość udostępnionego potencjału, jak również okres, w którym zostanie on udostępniony wykonawcy. [...] Dysponowanie wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b p.z.p. zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie, innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także, w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie potencjału innego podmiotu.*

Mając na względzie przywołane przepisy i orzecznictwo, odwołujący stwierdził, że wykonawca Hardsoft-Telekom J..... K..... przedstawiając niepełne i niejednoznaczne w swej treści oświadczenie spółki TeltronicS.A.U. nie wykazał, aby dysponował zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia, a tym samym winien być on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W związku z powyższym odwołujący wniósł jak na wstępie.

**III. Zamawiający** w odpowiedzi na odwołania przedstawił stanowisko.

W odniesieniu do odwołań: **I.** Wykonawcy RadioPartners Sp. z o. o. z/s w Warszawie, przy przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców: Hardsoft-Telekom J..... K..... z/s w Poznaniu oraz Konsorcjum: ConsortiaSp. z o. o. z/s w Warszawie - Lider i Aksel Sp. z o. o. z/s w Rybniku; **II.** Wykonawcy -Konsorcjum: Consortia Sp. z o. o. z/s w Warszawie - Lider i Aksel Sp. z o. o. z/s w Rybniku, przy przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Hardsoft-Telekom J..... K..... z/s w Poznaniu; zamawiający wniósł o: 1) oddalenie odwołań w całości, 2) zasądzenie na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przewidzianych.

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał.

Ad I. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający przedstawił opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, zamieszczony w pkt 8 SIWZ. Przedstawił opisane pkt 9.1 SIWZ wymaganie załączenia do oferty wykazu wykonanych lub wykonywanych głównych dostaw lub usług z podaniem danych wskazanych w opisie wraz z załączeniem do wykazu dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Wykonawca RadioPartners Sp. z o. o. z/s w Warszawie załączył do oferty wykaz dostaw i jako dowód ich wykonania przedstawił Tymczasowe Częściowe Świadcstwo Odbioru oraz Świadcstwo Zgodności. Z treści załączonych dokumentów jednoznacznie nie wynikało, że wykonawca - firma 3T Communications AG, wykonała należycie przedmiot zamówienia. Tymczasowe Częściowe Świadcstwo Odbioru potwierdzało jedynie fakt dostarczenia i zainstalowania określonych urządzeń oraz gotowości do tymczasowej akceptacji budowanego systemu. W dokumencie znajdowały się opisy dotyczące dalszego algorytmu prac związanych z realizacją zadania, m.in.: procedury tymczasowej akceptacji (str. 9-10 oferty) czy procedury testów funkcjonalnych (niezamieszczone w ofercie). Wprawdzie w wykazie dostaw w kolumnie „Data wykonania dostawy (...)” wykonawca podał, że akceptacja systemu nastąpiła w dniu 24.11.2011r., natomiast załączone do oferty Świadcstwo Zgodności potwierdza, iż system TETRA eXTRAS dla IMOC przeszedł pozytywnie Procedurę Testów Akceptacyjnych zgodnie z dokumentem Procedury Testów i został zatwierdzony do tymczasowej akceptacji. Dokument pn. „Procedura Testów” nie został załączony do oferty.

Z przedstawionych dokumentów zamawiający nie był w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy wykonawca spełnia warunek określony w punkcie 8.2. SIWZ, tj. czy wykonał, co najmniej 1 dostawę, której przedmiotem było wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej TETRA na terenie państw europejskich, przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo, obejmujący minimum 3 stacje bazowe.

W związku z powyższym zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających jednoznacznie, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - załącznik nr 5 do SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca poinformował, że „Wydanie Tymczasowego Częściowego Świadectwa Odbioru oznacza zakończenie etapu tymczasowej akceptacji i rozpoczęcie normalnej eksploatacji systemu oraz 12 miesięcznej gwarancji. Zgodnie z umową końcowe świadectwo odbioru zostanie wydane po zakończeniu gwarancji. Ponieważ trwa naprawa duplekserów zgłoszona pod koniec gwarancji jej termin, zgodnie z umową został przedłużony. Firma 3T spodziewa się wystąpić o końcowe świadectwo akceptacji pod koniec maja.”

W dalszej części pisma wykonawca wskazał, że załącza do wyjaśnień „Warunki ogólne” do umowy (...) zawierające opis procedur stosowanych przy projektach finansowanych przez UE. Zastrzega również, że ze względu na objętość całego dokumentu przetłumaczył tylko nieliczne fragmenty tego dokumentu, mające, jego zdaniem istotne znaczenie dla sprawy.

W ocenie zamawiającego, przedstawione przez odwołującego dokumenty w dalszym nie potwierdzały spełniania przez odwołującego warunku określonego w pkt 8.2 SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że jak wynika z wyjaśnień samego odwołującego zawartych w pkt 4 pisma z dnia 25 kwietnia 2013 r. „Końcowa akceptacja - końcowy odbiór następuje po zakończeniu okresu ostatniej gwarancji, kiedy wszystkie wady i uszkodzenia zostały naprawione. Po spełnieniu tych warunków Kierownik Projektu wystawia wykonawcy świadectwo końcowej akceptacji wskazując datę, z którą wykonawca wypełnił zobowiązania umowy w sposób satysfakcjonujący Kierownika Projektu.”

Z definicji tej jednoznacznie wynika, że na dzień składania ofert odwołujący nie mógł uzyskać świadectwa końcowej akceptacji, czyli dokumentu potwierdzającego należyte (satysfakcjonujące) wypełnienie warunków umownych, innymi słowy referencji.

Zamawiający uznał, że tymczasowe częściowe świadectwo odbioru jest potwierdzeniem wykonania jedynie pewnego etapu umowy, a nie całej umowy. Zamawiający wskazał, że można sobie wyobrazić sytuację, kiedy wykonawca dostarcza system, który działa wadliwie, a wady nie są usuwane. W takim wypadku wykonawca nigdy nie uzyska referencji, bo nie wykonał w sposób należyty umowy. Odwołujący sam przyznaje, że w chwili obecnej nie dysponuje dokumentem stanowiącym końcowy odbiór umowy. Wobec powyższego stanowisko zamawiającego jest w pełni uzasadnione.

W okolicznościach sprawy, załączona faktura i polecenie przelewu, zdaniem zamawiającego, też nie może zostać uznane za dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy, w świetle wyjaśnień samego odwołującego i powołanych przez niego dokumentów, o których mowa powyżej.

Na marginesie jedynie podniósł, że w pkt 10.2. SIWZ (art. 9 ust. 2 uPzp) zamawiający zastrzegł konieczność posługiwania się w postępowaniu językiem polskim. Wobec faktu, że wykonawca wywodzi określone skutki prawne z dokumentu pn. „Warunki ogólne”, winien dokument ten załączyć w języku polskim. Bez znaczenia jest podnoszony przez odwołującego argument, że nie miał on wystarczająco dużo czasu na wykonanie tłumaczenia, bowiem nie zwracał się on do zamawiającego o przedłużenie tego terminu. Ponadto, przedstawienie dokumentów tłumaczonych fragmentami nie daje jasności i pewności oceny sytuacji, albowiem istnieje możliwość, że wykonawca przetłumaczył tylko wybrane, wygodne dla niego fragmenty dokumentów.

Powyższe potwierdza także orzecznictwo KIO „tłumaczenie składanego dokumentu musi być pełne, tj. musi odzwierciedlać całą treść zawartą w dokumencie wraz z zamieszczonymi w nim oznaczeniami, pieczęciami i innymi elementami, które zostały w nim umieszczone” (KIO 1041/2011, 1043/2011).

Chybiony jest też zarzut podnoszony przez odwołującego, że zamawiający naruszył art. 7 ust.1 i 3 uPzp przez sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który w praktyce ograniczył odwołującemu możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem zdobytym przy realizacji podobnego zamówienia dla Unii Europejskiej. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie zastrzegł, że dowody na potwierdzenie należytego wykonania dostaw muszą być przedstawione z uwzględnieniem upływu okresu gwarancji. Zamawiający zgodnie z ustawą żądał przedłożenia dokumentów, z których będzie jasno wynikało, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Obowiązek udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy i to on decyduje, jakimi dowodami należy wykazać tę okoliczność. Ciężar udowodnienia faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym w oparciu o powyższe zamawiający uznał, że wykluczeniu podlegają także wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, lecz którzy na skutek braku wymaganej staranności w postaci błędnego sporządzenia oferty lub błędnego uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń nie wykazali zamawiającemu w dopuszczalnej formie powyższego faktu (vide KIO 1616/10, KIO/2363/10, KIO 2364/10, KIO 2397/10).

Ad II. Odwołujący zarzucił zamawiającemu wybór oferty, która nie spełnia wymogów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz wykonawca nie dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem. Wszystkie podnoszone przez odwołującego zarzuty są chybione.

1. Brak funkcjonalności „przechowaj i przekaz”. Zamawiający w pkt 3.3.2.9 załącznika nr 2 do SIWZ wymagał, aby usługa przesyłania krótkich wiadomości zawierała funkcjonalność



„przechowaj i przekaz”. Wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie, że zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w załączniku nr 2 do SIWZ. Oznacza to, że zaoferowany przez wykonawcę system posiada wymaganą funkcjonalność, co zostało potwierdzone przez wykonawcę dodatkowym oświadczeniem złożonym w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 22.05.2013 r. Ponadto wykonawca, poinformował, że w folderze infrastruktury NEBULA, zawierającym dane systemu, jest mowa o posiadaniu tej funkcjonalności - punkt MainSupplementary Services. Zamawiający dysponuje folderem reklamowym, w którym funkcjonalność „przechowaj i przekaz” jest wymieniona, jako usługa dodatkowa systemu Tetra Nebula.

Zamawiający nadmienił, że nie może oceniać oferty wbrew jej treści. Niedopuszczalne jest stwierdzanie niezgodności oferty, wbrew jej treści, wyłącznie na podstawie informacji ze stron internetowych, które co do zasady mają charakter poglądowy, informacyjny, nieskierowany do konkretnego adresata - w przeciwieństwie do skonkretyzowanego, adresowanego do zamawiającego i wiążącego wykonawcę oświadczenia woli wyrażonego w złożonej ofercie (vide KIO 2259/11).

Poza tym odwołujący, w opisie przedstawionych zarzutów, dotyczących tej funkcjonalności dokonał skrótu myślowego tłumacząc zwrot „not supported”, jako „niewspierana” (w domyśle funkcjonalność). Natomiast szczegółowa definicja zwrotu „not supported” użytego w kontekście Certyfikatów Interoperacyjności oznacza, że „infrastruktura i/lub terminal nie obsługują minimum funkcji wymaganych do sprawdzenia danej funkcjonalności”. Kluczowym w tym kontekście jest zwrot i/lub, który nie pozwala na automatyczne wyciągnięcie wniosku, że dana funkcjonalność nie jest realizowana przez infrastrukturę systemu.

2. Brak wymaganej czułości statycznej odbiornika na poziomie -120 dBm.

Zamawiający w pkt 3.4.5 załącznika nr 2 do SIWZ wymagał, aby stacje bazowe posiadały czułość statyczną odbiornika na poziomie -120 dBm lub niższym. Wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie, że zaoferowane stacje bazowe będą posiadały czułość statyczną odbiornika na poziomie -120 dBm lub niższym. Zamawiający dokonując oceny oferty dysponował folderem reklamowym, w którym czułość statyczna odbiornika stacji bazowej określona została na poziomie -120 dBm, a więc na poziomie zgodnym z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Ponadto zamawiający dodał, że opis zamieszczony w pkt 3.4.5 nie jest precyzyjny, gdyż nie podaje stopy błędów BER, jako punktu odniesienia pomiaru czułości statycznej. Producenci urządzeń cyfrowych podają czułości statyczne w odniesieniu do różnych poziomów BER 3%, 4%, a nawet 5%. Nie sposób wykazać, że istnieje jeden, ugruntowany, jasny i jednoznaczny sposób rozumienia tego pojęcia. Dlatego też może dojść do sytuacji, że dwa urządzenia różnych producentów o tej samej czułości rzeczywistej, mogą zostać określone w folderach

za pomocą innych wartości, gdyż mierzone są przy innej stopie błędów BER. Stąd też mogą wynikać różnice czułości statycznej, opisane w różnych dokumentach, nawet w odniesieniu do tych samych urządzeń.

### 3. Brak wymaganej funkcjonalności szyfrowania kluczem statycznym.

Zamawiający w pkt 3.3.5.11 załącznika nr 2 do SIWZ wymagał, aby system obsługiwał szyfrowanie z kluczem statycznym w trybie trunkingowym, gdy szyfrowanie dynamiczne nie jest dostępne. Funkcjonalność ta zbieżna jest także z wymogami wynikającymi z pkt 3.3.5.13 SIWZ. Wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie, że zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w załączniku nr 2 do SIWZ, co oznacza, że zaoferowany przez wykonawcę system obsługuje szyfrowanie z kluczem statycznym. W odpowiedzi na pismo z dnia 22.05.2013 r., w którym zamawiający wezwał wykonawcę Hardsoft-Telekom J..... K..... do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadania przez system Tetra Nebula tej funkcjonalności, wykonawca ponownie oświadczył, że zaoferowany system tę funkcjonalność posiada.

### 4. Brak wymaganej funkcjonalności zmiany kluczy drogą radiową.

Zamawiający w pkt 3.3.5.6 załącznika nr 2 do SIWZ wymagał, aby system obsługiwał zmianę kluczy drogą radiową. Wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie, zaoferowany przez wykonawcę system obsługuje funkcjonalność zmiany kluczy drogą radiową. Zamawiający dysponuje ulotką reklamową, z której wynika, że funkcjonalność zmiany kluczy drogą radiową OTAR (Over the air keying) jest realizowana przez system Tetra Nebula.

Zamawiający określił, że nie wymagał od wykonawców, aby wszystkie funkcjonalności zaoferowanego systemu przedstawione w SIWZ były potwierdzone w Certyfikatach Interoperacyjności. Na wykonawcach spoczywał jedynie obowiązek posiadania Certyfikatów Interoperacyjności w odniesieniu do 6 typów radiotelefonów pochodzących, od co najmniej 3 różnych producentów (w tym od Motorola Solutions i radiotelefonów MTP 850 i MTM 800).

### 5. Chybiony jest także zarzut, że wykonawca Hardsoft-Telekom J..... K..... nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt 8 SIWZ obok opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ.

Wykonawca Hardsoft-Telekom J..... K..... załączył do oferty wymagane dokumenty, w tym: wykaz dostaw wystawiony przez firmę TeltronicS.A.U., gdzie podmiotem na rzecz którego wykonano dostawę był Rząd Wysp Kanaryjskich oraz MULTIMEDIA DA LAS ISLASBALEARES S.A. wraz z dowodami należyście wykonanych dostaw; zobowiązanie podmiotu trzeciego.

W treści złożonego zobowiązania firma TeltronicS.A.U. zobowiązuje się do oddania firmie Hardsoft-Telekom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, w tym: produkcja i dostawa infrastruktury tetra z okresem gwarancji 36 m-cy, w tym zasoby osobowe (...);przygotowanie dokumentacji projektowej (...);uruchomienie; szkolenie.

Ponadto, dokument jest wystawiony dla konkretnego postępowania, co jednoznacznie wskazuje, że obowiązuje przez cały okres trwania postępowania, począwszy od dnia otwarcia ofert, a skończywszy na ostatecznym terminie realizacji przedmiotu zamówienia. Faktem jest, że w treści kwestionowanego dokumentu nie ma kluczowych słów „wiedza i doświadczenie”. Powyższe nie oznacza jednak, że wymienione w zobowiązaniu punkty (przytoczone powyżej) i załączone dokumenty w postaci listów referencyjnych nie świadczą o posiadaniu przez firmę Teltronic odpowiedniego doświadczenia, jak również wiedzy z zakresu wykonywanych dostaw związanych z modernizacją systemu TETRA i woli ich udostępnienia Hardsoft-Telekom J..... K.....k.

Wobec przedstawionych w uzasadnieniu pisma okoliczności, zamawiający wniósł jak na wstępie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba uznała spełnianie przez obu odwołujących przesłanek przesądzających o posiadaniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. Obaj odwołujący złożyli oferty. Odwołujący A. RadioPartners Sp. z o.o. złożył ofertę z najniższą ceną, jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Odwołujący ten został wykluczony z postępowania, jego oferta została odrzucona, zatem w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, mógł doznać szkody w związku z nieuzyskaniem zamówienia. Cena oferty odwołującego B. jest najwyższa spośród cen trzech ofert złożonych w postępowaniu, jednak na etapie wnoszenia odwołania jest drugą w kolejności ofertą nieodrzuconą w postępowaniu, po ofercie wykonawcy J..... K..... Hardsoft-Telekom wybranej, jako najkorzystniejsza.

Izba uznała też za skuteczne przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: sygn. akt KIO 1524/13 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 2. Akxel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku; sygn. akt KIO 1528/13 wykonawcy J..... K..... Hardsoft-Telekom z siedzibą w Poznaniu. Wykonawcy spełnili wymagania ustawowe skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, w tym wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, tj. strony, do której przystąpili. Zatem, Izba uznała, że w sprawach KIO 1524/13 i KIO 1528/13, na skutek spełnienia wymagań określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Uwzględniając szeroko pojęty interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje i zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, Izba oddaliła opozycję odwołującego A. RadioPartners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłoszoną przeciw przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 2. Akxel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, w sprawie sygn. akt KIO 1524/13, ze względu na nieuprawdopodobnienie przez odwołującego, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego (art. 185 ust. 4 Pzp). Izba uwzględniła fakt, że oferta wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego na dzień wniesienia odwołania przez odwołującego, została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu nieodrzuconych ofert i wykonawca ten wniósł odwołanie wobec oferty wybranej. Zatem, oddalenie odwołania odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1524/13 i uwzględnienie odwołania wniesionego przez przystępującego w sprawie sygn. akt 1528/13, stwarzałoby przystępującemu ewentualną możliwość uzyskania zamówienia, co przekłada się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił.

#### **A. Ocena zarzutów i żądań w sprawie sygn. akt KIO 1524/13.**

Izba ustaliła, że zamawiający wymagał dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt 8.2 SIWZ), wykazania należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 dostawy, której przedmiotem zamówienia było wykonanie i wdrożenie cyfrowego, rankingowego systemu łączności radiowej TETRA na terenie państw Unii Europejskiej (po zmianie również na terenie innych państw europejskich nienależących do krajów Unii Europejskiej)

przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo, obejmujący minimum 3 stacje bazowe. Wykonawcy zobowiązani zostali: *do dostarczenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...), wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - załącznik nr 5 do SIWZ(pkt 9.1.2 SIWZ); Zobowiązanie /jeżeli dotyczy/ - załącznik nr 6 do SIWZ (pkt 9.1.3 SIWZ).*

W załączniku nr 5 do SIWZ „Wykaz dostaw”, pod tabelą, w której należało zamieścić dane opisane w pkt 9.1.2 SIWZ, zawarto informację o wymogu załączenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostawy.

Odwołujący RadioPartners Sp. z o.o. załączył do oferty (str. 4) wykaz dostaw, podając w nim dostawę wykonaną przez inny podmiot w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp (3T Communications AG, Austria, zobowiązanie do udostępnienia zasobu - str. 11 oferty), na rzecz władzy zamawiającej Unii Europejskiej reprezentowanej przez Komisję Europejską, B-1049, Bruksela, Belgia, beneficjentem dostawy był rząd Albanii, w szczególności Inter-Institutional Maritime Operations Centre in Durres (IMOC). W wykazie podano daty: Podpisanie umowy 29.12.2010, Akceptacja systemu: 24.11.2011.

W dolnej części wykazu odwołujący zamieścił informację o dowodach potwierdzających należyte wykonanie dostawy, tj.:

*Załączamy dowody potwierdzające należyte wykonanie dostawy:*

*1. Tymczasowe Częściowe świadectwo Odbioru (Provisional Partial Acceptance Certificate) - dokument dla EU potwierdzający zrealizowanie dostawy, instalacji, uruchomienia systemu i przeprowadzenie szkolenia (kopia oryginałów i tłumaczenie). Ostateczne świadectwo odbioru systemu zostanie, wydane po zakończeniu okresu gwarancyjnego.*

*2. Świadectwo Zgodności (Certificate of Compliance) - dokument potwierdzający zakończenia testów funkcjonalnych i zgodność systemu z wymaganiami (kopia oryginału i tłumaczenie).*

Tymczasowe częściowe świadectwo odbioru, zamieszczone na str. 7 oferty, wskazywało w swoim opisie: Kontrakt nr: 2010/255-645... Nazwa: Dostawa systemu łączności radiowej dla Zintegrowanego Centrum Operacji Morskich w Durres. Wykonawca: 3T Communications AG, nr rejestru: FN260 173h z 21.4.2005, Geyschlaegergasse 14, 1150 Wiedeń Austria. Beneficjent: IMOC/QNOD, Zintegrowane Centrum Operacji Morskich Plepa, Durres Albania.

W sześciu pozycjach tabeli opisujących elementy dostawy zaznaczono odnośnie do każdej pozycji wykonanie: dostawa, instalacja, części zamienne, materiały, dokumentacja, szkolenie

W uwagach - ostatnia kolumna tabeli - zamieszczono stosowne do pozycji opisy: dostarczone, zainstalowane, skonfigurowane i w użytkowaniu; dwukrotnie - dostarczone, skonfigurowane i wprowadzone do zarządzania abonentami; dwukrotnie - dostarczone; przeprowadzone 3.10.-7.10.2011 w IMOC szkolenia, slajdy szkoleniowe przekazano do IMOC.

Pod tabelą zamieszczono informację dotyczącą opisu tymczasowe, podając:

*Tymczasowe: Wszystkie wymienione wyżej pozycje zostały dostarczone, zainstalowane zgodnie z kontraktem na dostawę. System jest gotowy do tymczasowej akceptacji. Test funkcjonalny sprawdzający zgodność ze Specyfikacją Techniczną kontraktu na dostawę będzie przeprowadzony w ciągu 30 dni po częściowej akceptacji.*

*Kompletna lista dostarczonych pozycji jest dołączona do tego dokumentu Lista Dostawy. PDF. Listopad 2010 c 11\_prov\_part\_accept-en.doc.*

Na str. 10 oferty zamieszczono Świadcstwo Zgodności, którego treścią jest potwierdzenie, że System TETRA eXTRAS dla IMOC przeszedł pozytywnie Procedurę Testów Akceptacyjnych zgodnie z dokumentem Procedury Testów i został zatwierdzony do tymczasowej akceptacji. Fakt ten został potwierdzony 24.11.2011: za wykonawcę 3T Communications AG - przez przedstawiciela Kierownictwa Projektu i przedstawiciela Technicznego, ze wskazaniem imion i nazwisk; za władzę zamawiającą: Delegacja EU w Albanii -4 osoby ze wskazaniem imion i nazwisk.

Pismem z dnia 23.04.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp: (...) *do uzupełnienia dokumentu określonego w pkt. 9.1.2. SIWZ, tj.: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - załącznik nr 5 do SIWZ. Wykonawca do oferty załączył przedmiotowy dokument i jako dowody przedstawił Tymczasowe Częściowe Świadcstwo Odbioru oraz Świadcstwo Zgodności. Z treści załączonych dokumentów jednoznacznie nie wynika, iż Wykonawca - firma 3T Communications AG, wykonała należycie niniejszy przedmiot zamówienia. Tymczasowe Częściowe Świadcstwo Odbioru potwierdza jedynie fakt dostarczenia i zainstalowania określonych urządzeń oraz gotowości do tymczasowej akceptacji budowanego systemu. W dokumencie znajdują się zapisy dotyczące dalszego algorytmu prac związanych z realizacją zadania m.in.: procedury tymczasowej akceptacji (str. 9-10 oferty) czy procedury*

testów funkcjonalnych (niezamieszczone w ofercie). Wprawdzie w wykazie dostaw w kolumnie „Data wykonania dostawy (...)”. Wykonawca pisze, iż akceptacja systemu nastąpiła w dniu 24.11.2011 r., natomiast załączone do oferty Świadectwo Zgodności potwierdza, iż system TETRA eXTRAS dla IMOC przeszedł pozytywnie Procedurę Testów Akceptacyjnych zgodnie z niniejszym dokumentem Procedury Testów i został zatwierdzony do tymczasowej akceptacji. Zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż dokument pn. „Procedura Testów” nie został załączony do oferty. Wobec powyższego z przedstawionych dokumentów Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy Wykonawca spełnia warunek określony w punkcie 8.2. SIWZ, tj. czy wykonał, co najmniej 1 dostawę, której przedmiotem zamówienia było wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej TETRA na terenie państw europejskich, przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo, obejmujący minimum 3 stacje bazowe. Wymagane dokumenty, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 cytowanej wyżej ustawy, powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Pismem z dnia 25-04-2013 r. odwołujący udzielił wyjaśnień: Odpowiadając na Państwa pismo nr FZ-2380/4/13/EK dotyczące uzupełnienia dokumentów referencyjnych potwierdzających wykonanie i wdrożenie cyfrowego trunkingowego systemu TETRA uprzejmie przedstawiam dodatkowe dokumenty i informacje potwierdzające właściwe wykonanie i wdrożenie systemu łączności dla IMOC w Albanii, przedstawionego w ofercie, jako nasza referencja.

1. Załączamy pismo z firmy 3T (Załącznik nr 1) wraz z tłumaczeniem (Załącznik nr 2), które wyjaśnia procedurę akceptacji systemu oraz aktualny status projektu. Podsumowując treść pisma - zgodnie z umową nr 2011/255-645 zawartą między 3T Communications a Komisją Europejską (KE), Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru zostało wydane po pozytywnym zakończeniu testów funkcjonalnych potwierdzonych Świadectwem Zgodności. Wydanie Tymczasowego Częściowego Świadectwa Odbioru oznacza zakończenie etapu tymczasowej akceptacji i rozpoczęcie normalnej eksploatacji systemu oraz 12 miesięcznej gwarancji. Zgodnie z umową Końcowe Świadectwo Odbioru zostanie wydane po zakończeniu gwarancji. Ponieważ trwa naprawa duplekserów zgłoszona pod koniec gwarancji, jej termin zgodnie z umową został przedłużony. Firma 3T spodziewa się wystąpić o Końcowe Świadectwo Akceptacji pod koniec maja.

2. Załączamy Aneks nr I „Warunki ogólne” (Załącznik nr 3) do umowy o numerze 2011/255-645 pomiędzy 3T a KE zawierający opis procedur stosowanych przy projektach finansowanych przez UE, Procedura stosowana przez UE jest dosyć zawiła i niektóre sformułowania mogą budzić wątpliwości, szczególnie po przetłumaczeniu tylko wybranych

dokumentów załączonych do naszej oferty i bez ich powiązania z definicjami zawartymi w „Warunkach ogólnych”. Ze względu na objętość całego dokumentu przetłumaczyliśmy tylko fragmenty mające istotne znaczenie dla sprawy. Przetłumaczenie całości dokumentu jest niewykonalne w tak krótkim czasie, jaki mamy na odpowiedź.

3. W „Warunkach ogólnych” w paragrafie 31.1 zdefiniowane jest czym kończy się etap realizacji umowy podsumowywany Tymczasowym Świadectwem Odbioru.

Paragraf 31 - Tymczasowa akceptacja. Punkt 31.1 Dostawy są przejmowane przez Władzę Zamawiającą, gdy zostały one dostarczone zgodnie z umową pomyślnie przeszły wymagane testy, lub zostały odebrane w inny sposób, i świadectwo tymczasowego odbioru zostało wystawione lub jest uznane za wystawione.

Nie należy traktować w tym wypadku słowa „tymczasowy” literalnie (provisional można również przetłumaczyć, jako wstępny), bo jest to tylko umowna nazwa odnosząca się do zakończenia pewnego etapu ściśle zdefiniowanego w umowie.

Zalecany wzór dokumentu tymczasowego świadectwa odbioru znajduje się na stronie UE-link <http://ec.europa.eu/europeaid/prag/annexes.do?group=C&locale=en> (dokument C11).

Na jego podstawie zostało wykonane Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru.

4. W „Warunkach ogólnych” w paragrafie 34.1 wyjaśnione jest pojęcie Końcowej akceptacji (Końcowego odbioru).

Paragraf 34 - Końcowa akceptacja. Punkt 34.1 Po zakończeniu okresu gwarancji, lub kiedy jest więcej niż jeden taki okres, po zakończeniu ostatniego okresu, i kiedy wszystkie wady i uszkodzenia zostały naprawione, Kierownik Projektu powinien wystawić Wykonawcy świadectwo końcowej akceptacji z kopią dla Władzy Zamawiającej podając datę, z którą Wykonawca wypełnił zobowiązania umowy w sposób satysfakcjonujący dla Kierownika Projektu. Końcowe świadectwo akceptacji powinno być wystawione przez Kierownika Projektu w ciągu 30 dni od zakończenia okresu gwarancyjnego lub tak szybko jak naprawy zamówione zgodnie z paragrafem 32 zostały zakończone w sposób satysfakcjonujący dla Kierownika Projektu.

Końcowe świadectwo akceptacji wystawione będzie po zakończeniu gwarancji. SIWZ nie wymagał, aby referencje były wydawane z uwzględnieniem zakończenia okresu gwarancyjnego.

5. Dla potwierdzenia pozytywnego zakończenia testów funkcjonalnych systemu przesyłamy całość Procedury Testów Akceptacyjnych (Załącznik nr 4).

Ze względu na objętość dokumentu przetłumaczenie całości było niemożliwe w tak krótkim czasie przewidzianym na odpowiedź. W pliku zawarte są:

- a. Podpisane Świadectwo Zgodności (tłumaczenie jest w ofercie),
- b. Podpisane Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru (tłumaczenie jest w ofercie),
- c. Wzór procedury testów akceptacyjnych,



*d. Podpisane kolejne rozdziały przeprowadzonej procedury testów akceptacyjnych potwierdzające, że system spełnił wszystkie testy funkcjonalne.*

*6. W punkcie 32.7 „Warunki ogólne” do umowy stanowią, że:*

*Okres gwarancji rozpoczyna się z datą podpisania tymczasowej akceptacji...*

*7. Rozpoczęcie okresu gwarancyjnego jest równoznaczne z wejściem systemu do eksploatacji, co oznacza wykonanie i wdrożenie cyfrowego systemu łączności TETRA zgodne z wymaganiami SIWZ.*

*8. Ostatecznym potwierdzeniem, że wykonanie i wdrożenie zostało zrealizowane prawidłowo jest uzyskanie zapłaty przez firmę 3T Communications. Załączamy faktury i potwierdzenia wykonania przelewów wraz z tłumaczeniami (Załącznik nr 5).*

*Wobec wyjaśnień przekazanych w powyższych punktach i załączonych dokumentów uważamy, że przedstawione w ofercie Tymczasowe Częściowe Świadcstwo Odbioru oraz Świadcstwo Zgodności stanowią wystarczający dowód, że system został wykonany i wdrożony zgodnie z Państwa wymaganiami zamieszczonymi w SIWZ.*

Załączone faktury i potwierdzenia wykonania przelewów wraz z tłumaczeniami potwierdzały: wystawienie faktury na zaliczkę w dniu 29.12.2010 r. w kwocie 150 000 euro, do umowy nr 2010/255-645 ze wskazaniem dostawy będącej przedmiotem aktualnego sporu; potwierdzenie przyjęcia przelewu zaliczki na wskazaną kwotę, data 16.02.2011 r. oraz fakturę końcową z dnia 25.11.2011 r. do tej samej umowy w kwocie 233 129,53 euro, jako płatność za Kontrakt na dostawę wskazaną w wykazie dostaw odwołującego; także przyjęcie przelewu końcowego do umowy nr 2010/255-645 z banku firmy 3T Communications z dnia 23.12.2011 r.

Odwołujący załączył tłumaczenie listu firmy 3T COMMUNICATIONS: Dane adresowe RadioPartners, Dane adresowe 3T, Policja w Łodzi, Oferta nr 201330067, wersja 1.0 Testy akceptacyjne, Projekt Albański realizowany dla Komisji Europejskiej - którego treścią jest stanowisko podmiotu udostępniającego zasoby:

*(...) Pragniemy wytłumaczyć różne sformułowania używane przez Komisję Europejską przy Umowie:*

*1. W załączeniu przesyłamy Protokół Testów do Tymczasowej Akceptacji (chodzi o dokument, nazywany w ofercie Tymczasowe Częściowe Świadcstwo Odbioru- dopisek tłumacza) podpisanej przez Komisję Europejską i Beneficjenta w dniu 27 listopada 2011. Wszystkie strony potwierdziły w nim i podpisały, że dostawy, usługi i testy funkcjonalne (23 i 24 listopada 2011) zostały pomyślnie zakończone.*

*Tymczasowe: Wszystkie wymienione wyżej pozycje zostały dostarczone, zainstalowane zgodnie z kontraktem na dostawę. System jest gotowy do tymczasowej akceptacji. Test*

funkcjonalny sprawdzający zgodność ze Specyfikacją Techniczną kontraktu na dostawę będzie przeprowadzony w ciągu 30 dni po częściowej akceptacji.

2. W załączeniu (...) Świadczenie Zgodności podpisane przez UE (Unię Europejską) i 3T.

3. Umowa z Unią Europejską stanowi - (...) podpisana Umowa - „Warunki ogólne”

Paragraf 31 - Tymczasowa akceptacja. Punkt 31.1 Dostawy są przejmowane przez Władzę Zamawiającą, gdy zostały one dostarczone zgodnie z umową, pomyślnie przeszły wymagane testy, lub zostały odebrane w inny sposób, i świadectwo tymczasowego odbioru zostało wystawione lub jest uznane za wystawione.

Paragraf 34 - Końcowa akceptacja. Punkt 34.1 Po zakończeniu okresu gwarancji, lub kiedy jest więcej niż jeden taki okres, po zakończeniu ostatniego okresu, i kiedy wszystkie wady i uszkodzenia zostały naprawione, Kierownik Projektu powinien wystawić Wykonawcy świadectwo końcowe/ akceptacji z kopią dla Władzy Zamawiającej podając datę z którą Wykonawca wypełnił zobowiązania umowy w sposób satysfakcjonujący dla Kierownika Projektu. Końcowe świadectwo akceptacji powinno być wystawione przez Kierownika Projektu w ciągu 30 dni od zakończenia okresu gwarancyjnego lub tak szybko jak naprawy zamówione zgodnie z paragrafem 32 zostały zakończone w sposób satysfakcjonujący dla Kierownika Projektu.

Punkt kontrolny harmonogramu „Tymczasowa akceptacja” został osiągnięty. System jest w użytkowaniu przez Beneficjenta, a my obecnie oczekujemy na kolejny punkt kontrolny „Końcowa akceptacja”.

4. Umowa z UE stanowi - (...) podpisana Umowa „Warunki generalne”:

a. Tymczasowa akceptacja (osiągnięty punkt kontrolny, (...) punkt 1), Paragraf 31. Tymczasowa Akceptacja, Świadectwo Tymczasowej Akceptacji musi być wydane według wzoru z Aneksu C11.

b. Gwarancja rozpoczyna się po Tymczasowej Akceptacji.

Paragraf 32. Gwarancja. Wykonawca gwarantuje, że dostawy są nowe, nieużywane, zawierają najnowsze modele sprzętu i zawierają wszystkie najnowsze usprawnienia w projektach i materiałach chyba, że umowa stanowi inaczej. Wykonawca dodatkowo gwarantuje, że wszystkie dostawy nie mają żadnej wady wynikającej z projektu, materiałów lub wykonania z wyłączeniem w zakresie konstrukcji i materiałów, jakie są wymagane w specyfikacji, lub za jakiegokolwiek działania lub zaniechania, które mogą wystąpić przy stosowaniu dostaw w warunkach panujących w kraju Władzy Zamawiającej. Gwarancja jest udzielana na okres jednego roku od tymczasowej akceptacji.

5. Stan obecny. Gwarancja rozpoczęta 27 listopada 2011 powinna zakończyć się po roku, jednakże ze względu na trwające naprawy duplekserów wykonywane przez zewnętrznego producenta jest przedłużona do maja 2013 roku.

System jest w pełnej sprawności i Tymczasowa Akceptacja potwierdza to.

W dalszej części pisma autor przedstawił chronologicznie czynności związane z dostawą do Albanii w dwóch partiach *duplekserów*, w tym celu prowadzone rozmowy z delegacją UE oraz wymianę wskazanych elementów w wyniku dokonanych ustaleń, co spowodowało dalsze przedłużenie okresu gwarancji.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę, przedstawiając stanowisko w piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r.

Wykluczenie wykonawcy -oferta nr 3:RadioPartners Sp. z o.o.:

*Uzasadnienie prawne: art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 uPzp - z postępowania wyklucza się Wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.*

*Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający w pkt. 8.2. SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim doświadczeniem i wiedzą w brzmieniu: „Zamawiający uzna przedmiotowy warunek za spełniony w odniesieniu do wykonawców, którzy należycie wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 dostawę, której przedmiotem zamówienia było wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej TETRA na terenie Państw Unii Europejskiej, przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo, obejmujący minimum 3 stacje bazowe.”*

*Na potwierdzenie powyższego warunku Wykonawca załączył do oferty Wykaz dostaw i dowody potwierdzające należyte wykonanie w postaci: Tymczasowego Częściowego Świadcstwa Odbioru (...) oraz Świadcstwa Zgodności (...).Z treści załączonych dokumentów jednoznacznie nie wynikało, iż Wykonawca - firma 3T Communications AG, wykonała należycie niniejszy przedmiot zamówienia. Tymczasowe Częściowe Świadcstwo Odbioru potwierdza jedynie fakt dostarczenia i zainstalowania określonych urządzeń oraz gotowości do tymczasowej akceptacji budowanego systemu. W dokumencie znajdują się zapisy dotyczące dalszego algorytmu prac związanych z realizacją zadania m.in.: procedury tymczasowej akceptacji (str. 9-10 oferty) czy procedury testów funkcjonalnych (niezamieszczone w ofercie). Wprawdzie w wykazie dostaw w kolumnie „Data wykonania dostawy (...)” Wykonawca pisze, iż akceptacja systemu nastąpiła w dniu 24.11.2011r., natomiast załączone do oferty Świadcstwo Zgodności potwierdza, iż system TETRA eXTRAS dla IMOC przeszedł pozytywnie Procedurę Testów Akceptacyjnych zgodnie z niniejszym dokumentem Procedury Testów i został zatwierdzony do tymczasowej akceptacji. Zamawiający zgodnie z art.26 ust. 3 uPzp wystąpił o uzupełnienie dokumentu, na podstawie*

*którego w sposób jednoznaczny mógłby potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę.*

*Wykonawca uzupełnił dokumenty w wymaganym terminie. Zamawiający nadal nie może w sposób oczywisty potwierdzić spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.2. SIWZ. W uzupełnionych dokumentach brak jest jakiegokolwiek dokumentu, z którego wynikałoby wykonanie i wdrożenie systemu i który można by uznać za świadectwo należytego wykonania, np. list referencyjny czy protokół odbioru końcowego bez uwag. Ponadto przedstawione dokumenty nie są w całości przetłumaczone tylko w niektórych fragmentach, co potwierdza sam wykonawca wskazując, że „ze względu na objętość całego dokumentu przetłumaczono fragmenty...”i, że „ tłumaczenie całości dokumentu jest niewykonalne w tak krótkim czasie...” Zamawiający pragnie zauważyć, że tłumaczenie tylko niektórych fragmentów nie daje jasności i pewności oceny sytuacji albowiem istnieje możliwość, że Wykonawca przetłumaczył tylko wybrane, wygodne dla niego fragmenty dokumentów, a w dalszej, nietłumaczonej treści mogą znajdować się informacje istotne dla sprawy z punktu widzenia Zamawiającego. Tylko tłumaczenie całego dokumentu pozwoliłoby Zamawiającemu na obiektywną ocenę czy jest to dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie Wykonawca powinien spełniać warunek udziału na dzień składania ofert i twierdzenie braku czasu na tłumaczenie całości nie znajduje tutaj uzasadnienia. Powyższe potwierdza także orzecznictwo KIO „tłumaczenie składanego dokumentu musi być pełne, tj. musi odzwierciedlać całą treść zawartą w dokumencie wraz z zamieszczonymi w nim oznaczeniami, pieczęciami i innymi elementami, które zostały w nim umieszczone” (KIO 1041/2011, 1043/2011).*

*W związku z brakiem tłumaczenia całości uzupełnionych dokumentów Wykonawca naruszył art. 9 ust. 2 uPzp stanowiący, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Stosownie do brzmienia § 7 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, chyba że Zamawiający wyrazi zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy, czego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zrobił. Wykonawca zobowiązany był więc do złożenia pełnego tłumaczenia, co umożliwiłoby Zamawiającemu dokonanie prawidłowej oceny dokumentu, a innym Wykonawcom zapoznanie się z jego treścią.*

Na rozprawie odwołujący przedłożył pismo (tłumaczenie z języka angielskiego): Godło Republika Albanii, Międzyministerialne Centrum Operacji Morskich, Dyrektor Administracyjny IMOC, Plepa Durres, Nr 72/1 Prot. Durres dnia 05/03/2013.

Dotyczy: EuropeAid/130029/C/SUP/AL. Kontrakt nr 2010/255-645, Dostawa sieci radiokomunikacyjnej dla Międzyinstytucjonalnego Centrum Operacji Morskich w Durres.

Do: 3T Communications AG, Pan T..... H....., Prezes Zarządu, Wiedeń, Austria:(...) *Międzyministerialne Centrum Operacji Morskich w Durres (IMOC) jest beneficjentem systemu opisanego Kontraktem nr 2010/255-645, podpisanym pomiędzy Delegacją Unii Europejskiej w Albanii i 3TCommunication AG. Tymczasowy dokument akceptacyjny został podpisany przez Delegację UE i IMOC dnia 24 listopada 2011 albowiem Testy Akceptacyjne Stref (skrót angielski SAT) dla systemu zostały wykonane pomyślnie. System jest w użytkowaniu od 24 listopada 2011 i jest w trakcie gwarancji. Jako beneficjent jesteśmy wdzięczni, że wypełniacie swoje obowiązki w szybkim tempie i że nasze zgłoszenia były traktowane należycie. Oczekujemy dalszego wsparcia w pozostałym okresie gwarancyjnym i do podpisania ostatecznej akceptacji. Ostateczna akceptacja zostanie podpisana, zgodnie z procedurami opisanymi w kontrakcie, po zakończeniu gwarancji.*

W wyniku oceny materiału dowodowego wraz z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie, Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, uznając, że odwołanie podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, stanowiącego, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wymagał na potwierdzenie należytego wykonania dostawy załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, nie precyzując zarówno należytego wykonania dostawy, jak też pojęcia dowodów. Przedmiotem sporu są wyłącznie owe dowody dotyczące należytego wykonania dostawy. Opis zamieszczony w SIWZ o obowiązku załączenia dowodów, czy dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - załącznik nr 5 do SIWZ, jest powtórzeniem przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W ust. 2 tego przepisu podano, że dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 (dotyczy robót budowlanych) i pkt 3 (dotyczy głównych dostaw i usług), są: poświadczenie (pkt 1), (...), pkt 3 - w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Z kolei przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia (19 lutego 2013 r.), wykonawca, w miejsce poświadczeń, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, może przedkładać

dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw (...), określone w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Na podstawie powyższych uregulowań odwołujący mógł złożyć, jako dowody: poświadczenie, oświadczenie, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie był w stanie uzyskać poświadczenia lub dokument potwierdzający, że dostawy zostały wykonane należyście.

Skoro zamawiający uznaje wskazaną w wykazie dostawę, wykonaną na podstawie kontraktu 2010/255-645 - Dostawa sieci radiotelefonicznej dla Zintegrowanego Centrum Operacji Morskich w Durres - za wystarczającą dla potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia, realizowaną w innym systemie prawnym, dowód potwierdzający należyte wykonanie dostawy, powinien być także oceniany z uwzględnieniem charakteru i odmienności stosowanej procedury.

Tymczasowe Częściowe Świadectwo Odbioru (Provisional Partial Acceptance Certificate) - dokument dla EU potwierdzający zrealizowanie dostawy, instalacji, uruchomienia systemu i przeprowadzenie szkolenia; Świadectwo Zgodności (Certificate of Compliance) - dokument potwierdzający zakończenia testów funkcjonalnych i zgodność systemu z wymaganiami; pismo firmy 3T wyjaśniające procedurę akceptacji systemu oraz aktualny status projektu i ponownie informujące, że zgodnie z umową Końcowe Świadectwo Odbioru zostanie wydane po zakończeniu gwarancji, ponieważ trwa naprawa *duplekserów* zgłoszona pod koniec gwarancji; załączony Aneks nr I „Warunki ogólne” zawierający opis procedur stosowanych przy projektach finansowanych przez UE wraz z tłumaczeniem fragmentów przydatnych do oceny (paragraf 31.1 – zdefiniowanie czym kończy się etap realizacji umowy podsumowywany Tymczasowym Świadectwem Odbioru; paragraf 31 -Tymczasowa akceptacja, punkt 31.1 - przejmowanie dostaw przez Władzę Zamawiającą, gdy zostały dostarczone zgodnie z umową, pomyślnie przeszły wymagane testy, lub zostały odebrane w inny sposób, i świadectwo tymczasowego odbioru zostało wystawione lub jest uznane za wystawione) oraz całość procedury Testów Akceptacyjnych -w ocenie Izby -nie powinny być uznane, jako dowody, które nie potwierdzają wymagań zamawiającego.

Również zostało potwierdzone wykonanie i wdrożenie dostawy przez uzyskanie zapłaty przez firmę 3T Communications (załączone faktury i potwierdzenia wykonania przelewów), co z reguły stanowi potwierdzenie należytego wykonania dostawy.

Zdaniem Izby, należało uznać, że załączone do oferty oraz uzupełnione na wezwanie dokumenty, wskazujące na wykonanie dostawy wraz z jej zainstalowaniem, przeprowadzeniem szkoleń i odbiorem oraz potwierdzeniem zapłaty za wykonanie umowy, stanowiły podstawę do przyjęcia, że odwołujący potwierdził wymagania zamieszczone w SIWZ. Na rozprawie odwołujący złożył pismo beneficjenta dostawy potwierdzające fakt wykonania dostawy w należyty sposób. Realizacja uprawnień wynikających z gwarancji nie powinna stanowić, w ocenie Izby, negatywnej oceny należytego wykonania dostawy. Takiego kryterium oceny nie zastosował zamawiający.

W orzecznictwie przyjęto stanowisko, że potwierdzenie należytego wykonania zobowiązania stanowią tymczasowe, czy wstępne dokumenty odbioru, a już w szczególności potwierdzenia zapłaty wynagrodzenia (protokoły odbioru, faktury)-przykładowe orzeczenia Izby: z dnia 11 maja 2011 r., sygn. akt KIO 902/11, z dnia 27 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1507/11, z dnia 16 października 2012 r., sygn. akt KIO 2089/12.

W ostatnim wskazanym wyroku Izba orzekła: *Z mocy przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 powoływanego rozporządzenia (z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), w celu wykazania, że usługi zostały wykonane należycie wykonawca winien przedłożyć dokument. Jednocześnie ustawodawca nie określił katalogu dokumentów, służących potwierdzeniu wskazanych okoliczności. W związku z powyższym rozważenia wymaga, czy faktura VAT i polecenie przelewu kwoty, wynikającej z faktury, potwierdza fakt należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, oba te dokumenty łącznie mogą służyć wykazaniu, że przedmiot zamówienia został wykonany prawidłowo. Faktura VAT wyraża bowiem zobowiązanie i roszczenie w ujęciu księgowym w odniesieniu do konkretnego zamówienia, zaś polecenie przelewu i w konsekwencji zapłata za określone zamówienie daje podstawy do przyjęcia, że zobowiązanie zostało wykonane należycie.*

*Wydaje się, że stanowisko to jest przesądzone w orzecznictwie (wyrok KIO z dn. 30.12.2010 r., sygn. akt 2710/10, wyrok S. O.w Gdańsku z dn. 05.12.2008 r., sygn. akt XII Ga 391/08). (...) Izba w tym składzie podziela również pogląd, iż faktura VAT nie jest wystarczającym dokumentem, na podstawie którego możliwe byłoby stwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Sytuacja zmienia się diametralnie w przypadku, gdy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia, składa fakturę VAT wraz z poleceniem zapłaty.*

*Przedstawienie obu tych dokumentów przez Przystępującego pozwala przyjąć, iż referencyjny przedmiot zamówienia został wykonany w sposób prawidłowy. Jednocześnie za nieuprawnione należy uznać oczekiwanie, iż wykonawca musi dysponować dokumentem, z którego wprost przedmiotowa okoliczność winna wynikać. Powyższe nie znajduje uzasadnienia w treści powołanego przepisu rozporządzenia, przy uwzględnieniu różnych reżimów prawnych, w jakich wykonawcy realizują zamówienie i braku podstaw do żądania od zamawiającego oświadczeń, zawierających określoną treść. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.*

Zamawiający wzywając odwołującego do złożenia dokumentów wskazał, że z załączonych do oferty dokumentów jednoznacznie nie wynika potwierdzenie należytego wykonania zamówienia i zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy wykonawca spełnia warunek. W piśmie - zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty, zamawiający przyznał, że odwołujący uzupełnił na wezwanie dokumenty w wymaganym terminie, lecz zamawiający nie może w sposób oczywisty potwierdzić spełniania warunku udziału w postępowaniu. Dopiero w tym piśmie zamawiający wskazał, czego oczekiwał od odwołującego: *W uzupełnionych dokumentach brak jest jakiegokolwiek dokumentu, z którego wynikałoby wykonanie i wdrożenie systemu i który można by uznać za świadectwo należytego wykonania, np. list referencyjny czy protokół odbioru końcowego bez uwag* - w sytuacji, gdy takie sprecyzowanie nie zostało dokonane w SIWZ, jak również w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający podważył fragmentaryczne tłumaczenie tekstu ogólnych warunków, wskazując brak pełnego tłumaczenia, które w ocenie Izby, przy załączonych dowodach i wyjaśnieniach, nie było niezbędne do oceny potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu (i nie powinno stanowić podstawy uznania oferty za niezgodną z ustawą ze skutkiem zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, z pominięciem procedury uzupełnienia czy wyjaśnienia tej kwestii, skoro zamawiający uznał pełne tłumaczenie za niezbędne) oraz całkowicie pominął faktury i potwierdzenia przyjęcia przelewów zapłaty.

Izba, w obecnym składzie orzekającym, podziela przedstawione w orzecznictwie stanowisko, w szczególności w ostatnim ze wskazanych wyroków uznając, że mimo zrozumiałej ostrożności, zamawiający powinien był ocenić potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia z uwzględnieniem dowodów złożonych przez odwołującego.

Stąd uwzględniając odwołanie Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności w tym zakresie, zgodnie z art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1Pzp, mając na uwadze wskazane w odwołaniu przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 ust. 1 i 3i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

## **B. Ocena zarzutów i żądań w sprawie sygn. akt KIO 1528/13.**

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, zamawiający opisał w czterech punktach SIWZ - 9.4.1-9.4.4 rodzaj i zakres oświadczeń, jakie mają złożyć wykonawcy uczestniczący w postępowaniu na potwierdzenie spełniania wymagań, w tym w zakresie: kompatybilności z dotychczas użytkowanymi terminalami Tetra wymienionymi w SIWZ; wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze szczegółowym opisem zamieszczonym w SIWZ; zgodności produkcji laptopa z obowiązującymi przepisami prawa; posiadania certyfikatów interoperacyjności (IOP) dla 6 typów radiotelefonów pochodzących, od co najmniej 3 różnych producentów, zgodnie z wymogami pkt 1 załącznika nr 2 do SIWZ. W załączniku nr 2 do SIWZ, w szczegółowym opisie technicznym przedmiotu zamówienia, zamawiający żądał: w pkt 3.3.2.9 by usługa



przesyłania krótkich wiadomości zawierała funkcjonalność „przechowaj i przekaz”; w pkt 3.4.5 stacje bazowe, by czułość statyczna odbiornika kształtowała się na poziomie -120dBm lub niższym; w pkt 3.3.5.11 by system obsługiwał szyfrowanie z kluczem statycznym w trybie trunkingowym, gdy szyfrowanie dynamiczne nie jest dostępne; w 3.3.5.6 by system obsługiwał zmianę kluczy drogą radiową. Wykonawca przystępujący w postępowaniu odwoławczym, J..... K..... załączył do oferty stosowne oświadczenia.

Zamawiający wzywał przystępującego pismem z dnia 22 maja 2013 r. do złożenia wyjaśnień, w tym wskazano zakres objęty późniejszym odwołaniem: zamawiający na podstawie - *art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...)*, wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w punkcie 9.4.2 oraz 9.4.3 SIWZ wymagał załączenia do oferty oświadczenia Wykonawcy, iż zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w Załączniku nr 2 do SIWZ oraz oświadczenia o posiadaniu certyfikatów interoperacyjności (IOP) dla 6 typów radiotelefonów pochodzących, od co najmniej 3 różnych producentów, zgodnie z wymogami pkt. 1 załącznika nr 2 do SIWZ.

Z wiedzy, jaką Zamawiając zdobył wynika, iż zaoferowana przez Państwa wersja systemu Tetra NEBULA 11.19 nie spełnia wymagań Zamawiającego w następującym zakresie:

1. zgodnie z punktem 1 załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał posiadania certyfikatów interoperacyjności (IOP) dla 6 typów radiotelefonów pochodzących, od co najmniej 3 różnych producentów (...) Wykonawca wśród tych producentów musiał uwzględnić firmę Motorola Solutions i wykorzystywane radiotelefony MTP850 i MTM800;
2. zgodnie z punktem 3,3.2.9. załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby usługa przesyłania krótkich wiadomości zawierała funkcjonalność „przechowaj i przekaz”;
3. zgodnie z punktem 3.3.5.2. załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby system zapewniał szyfrowanie interfejsu radiowego klasy trzeciej;
4. zgodnie z punktem 3.3.3.13. załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał z racji posiadania dużej ilości radiotelefonów starszej generacji, system musi obsługiwać także dotychczasowy system szyfrowania według algorytmu TEA1, stosowany aktualnie w łódzkim systemie trunkingowym (pkt. 3.3.5.13. załącznika nr 2 do SIWZ).

Mając na celu wszechstronną, obiektywną i rzetelną ocenę złożonej przez Wykonawcę oferty, Zamawiający zwraca się z prośbą o przedstawienie wyjaśnień w wyżej omówionym zakresie oraz potwierdzenie realizowania w oferowanej przez Wykonawcę infrastrukturze technicznej przytoczonych wyżej wymagań.

Przystępujący złożył wyjaśnieniaproducenta (pismo z dnia 23 maja 2013 r.):

Ad 1. We wrześniu 2012 r. i marcu 2010 r., podczas sesji IOP organizowanych przez TELTRONIC, wykonane zostały testy IOP obejmujące testy 34 modeli radiotelefonów różnych producentów, (co spełnia zawiązka minimalne wymagania Zamawiającego w zakresie świadectw IOP dla min. 6. modeli od 3-różnych producentów). Podczas sesji wykonano certyfikaty IOP Infrastruktury NBBULA z terminalami Motorola, model MTP850 (sesja z Marca 2010) i MTM800 (sesja z Marca 2010). Wskazał stronę internetową, na której znajdują się informacje na temat wszystkich organizowanych sesji IOP oraz wydanych certyfikatów.

Ad 2. NEBULA posiada wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność „Store&Forward” (przechowaj i przekaz). W folderze infrastruktury NEBULA, zawierającym dane systemu, jest mowa o posiadaniu tej funkcjonalności - punkt MainSupplementary Services.

Ad 3. NEBULA dysponuje szyfrowaniem Interfejsu radiowego klasy 3 TEA3. Funkcjonalność ta została przetestowana i certyfikowana m.in. z terminalami MOTOROLA wymienianymi w pkt 1.

Ad 4. NEBULA dysponuje szyfrowaniem interfejsu radiowego następującymi algorytmami: TEA1, TEA2 i TEA3. Stosowana informacja na ten temat znajduje się w folderze Infrastruktury NEBULA, punkt dotyczący Security Services.

Po wykluczeniu wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o. z postępowania i odrzuceniu jego oferty, oferta przystępującego J..... K..... była ofertą z najniższą ceną spośród pozostałych dwóch ofert. Zatem, zamawiający wybrał tę ofertę, jako najkorzystniejszą.

Odwołujący B. - konsorcjum Consortita Sp. z o.o. i Aksel Sp. z o.o. - w odwołaniu, w pierwszym zarzucie podważył spełnianie wymagań przedmiotowych opisanych wyżej w czterech punktach. Jako dowód załączył plik wydruków internetowych, w sumie 76 stron (dane dotyczące certyfikatów, informacje, wszystkie w języku angielskim). Na wniosek Izby, odwołujący w toku rozprawy zaznaczył kwestionowane w odwołaniu opisy, wskazując 13 pozycji dotyczących opisu - Store and Forward 6 pozycji oraz Security Class 2 Air Interface Encryption 7 pozycji. Załączył też 2 wydruki formatu A4 ze strony Teltronic- dane techniczne z fotografiami oznaczone, jako NEBULA TETRAINFRASTRUCTURE. W przerwie rozprawy odwołujący (Aksel Sp. z o.o. - członek konsorcjum) złożył drogą elektroniczną, po upływie ustawowego terminu dla wniesienia odwołania, tłumaczenie kart katalogowych - 8 str., w których funkcja „przechowaj i przekaz” została wskazana, jako nieobsługiwana (not supported), funkcja czułość statyczna została wskazana, jako typowa czułość statyczna - 117,5 dBm, funkcja statyczny klucz szyfrujący - nieobsługiwana, funkcja zmiana kluczy drogą radiową - nieobsługiwana.

Na rozprawie zamawiający oświadczając, że dokonał badania i oceny oferty przystępującego na podstawie wymagań zawartych w SIWZ, stosownie do załączonych, zgodnie z żądaniem zamawiającego, oświadczeń w ofercie i złożonych wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, złożył dwustronicową kartę katalogową NEBULA INFRASTRUKTURA TETRA. Z karty wynika, że w całym systemie zastosowane rozwiązania techniczne wykraczają poza wymagania standardowe, wszędzie tam, gdzie ma to największe znaczenie. W podstawowych danych technicznych wskazano: odbiornik - typową czułość statyczną/dynamiczną -120/-112 dBm, w zakresie obsługi bezpieczeństwa zmianę kluczy drogą radiową oraz podstawowe usługi dodatkowe - funkcjonalność „przechowaj i przekaz”. Są to 3 kwestionowane funkcjonalności. Czwarta funkcjonalność - szyfrowania kluczem statycznym, nie wynika z folderu. Zamawiający oświadczył, że uznał ostatnią funkcjonalność, jako potwierdzoną oświadczeniem wykonawcy, gdyż nie żądał potwierdzenia certyfikatem wszystkich funkcji wymaganych w SIWZ, nie sformułował obowiązku załączenia certyfikatu, jedynie żądał oświadczenia o posiadaniu certyfikatu. Ponadto wskazał, że użyte w certyfikacie sformułowanie „not supported” nie oznacza, że dana funkcjonalność nie jest obsługiwana przez infrastrukturę, lecz oznacza to, że nie przeprowadzono w tym zakresie testów.

Przystępujący oświadczył, że foldery, jako materiały informacyjne, nie zawierają wszystkich funkcjonalności. Wersja tzw. folderu załączona do odwołania przedstawiająca parametry techniczne oferowanego systemu, na którą odwołujący powoływał się na rozprawie i oparł swoje zarzuty odwołania, jest to wersja z drugiej połowy lat 90, nie jest to wersja systemu, którą przystępujący zaoferował zamawiającemu - najnowszą wersję. Zwrócił uwagę, że na dole folderu została zamieszczona informacja producenta, że prowadzi on prace badawczo-rozwojowe, dlatego zastrzega sobie prawo do zmian parametru sprzętu. Wyjaśnił, że pozycje wskazane w sposób negatywny w załączonych do odwołania certyfikatach przez zamieszczenie w pozycjach funkcjonalności kreski minus (-) oznacza, że funkcjonalność ta nie była sprawdzana na sesjach zwoływanych w ramach prywatnego zrzeczenia producentów TETRA każdorazowo wg potrzeby, na których badane są funkcjonalności, podlegające sprawdzeniu i upublicznieniu. Sprawdzeniu służą odpowiednie testy, po których przeprowadzeniu uznaje się, że określona funkcjonalność występuje. Określenie „not supported” nie oznacza, że system nie ma takiej funkcjonalności. A..... K....., menadżer w firmie TELTRONIK z siedzibą w Saragossie, oddelegowana, jako menadżer ds. rynku polskiego, przesłuchana w charakterze świadka w przedmiocie opublikowania uznanej funkcjonalności w folderach i innych materiałach reklamowych, zeznała, że podpisała pismo z 23 maja 2013 r. przekazane przez przystępującego zamawiającemu, jako stanowisko producenta. W zakresie objętym zarzutami zeznała, że: firma TELTRONIK wchodzi w skład

stowarzyszenia producentów z siedzibą w Anglii. W ramach sesji organizowanych przez stowarzyszenie bada się urządzenia i w ramach przeprowadzonych testów następuje przyznanie funkcjonalności odzwierciedlonej w certyfikacie. Kreska (oznaczająca minus) w certyfikatach oznacza, że funkcjonalność ta nie była sprawdzana na sesjach. Zeznała, że funkcjonalności wskazane w oświadczeniu przystępującego występują w oferowanym systemie. Złożyła do akt sprawy formularz testu wraz z listą osób biorących udział w teście, z którego wynika, że sprawdzono funkcjonalności „przechowaj i przekaz”. Zeznała, że w certyfikatach nie zamieszcza się funkcjonalności, których dana infrastruktura nie obsługuje. Potwierdziła, że odwołujący załączył do odwołania certyfikaty infrastruktury TETRA NEBULA i TERMINAL MOTOROLA, natomiast TELTRONIK jest producentem infrastruktury, na sesji była sprawdzana funkcjonalność infrastruktury wg. tych parametrów, które TELTRONIK chciał sprawdzić. Certyfikaty są to dokumenty datowane, jeden z 2010 r., drugi z 2012 r., wobec tego odwołujący przedstawił w certyfikatach stan z daty ich wydania, natomiast oświadczenie producenta z 23.05.2013 r. zostało wydane według stanu na dzień jego złożenia.

Izba uznała, na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, że zarzuty niezgodności oferowanego systemu z wymaganiami zamawiającego nie zostały potwierdzone dowodami w rozumieniu art. 190 ust. 3 Pzp. Odwołujący wywiódł zarzuty odwołania z informacji zamieszczonych na stronie internetowej producenta, których nie można uznać, jako dokumentów w sprawie. Złożone na rozprawie karty katalogowe, opracowane z różnym stanem ich szczegółowości, w różnych okresach, z zastrzeżeniem producenta prawa do zmian parametrów wobec ciągłych prac badawczo-rozwojowych nad wszystkimi produktami, wykazały różnice w danych technicznych przedstawionych w kartach. Izba uznała, że najbardziej szczegółowa, wykazująca szerszy zakres parametrów, złożona w języku polskim, jest karta zamawiającego, na podstawie, której dokonał oceny spełniania parametrów technicznych oferowanego systemu przez przystępującego. Dane te zostały potwierdzone w niepodważonych zeznaniach świadka - przedstawiciela producenta systemu.

Zatem, Izba nie uznała zarzutu niezgodności oferowanego systemu z wymaganiami SIWZ.

Izba nie uznała również drugiego zarzutu, jako udowodnionego, w stopniu uzasadniającym uwzględnienie odwołania.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązanie innego podmiotu o udostępnieniu swoich zasobów wykonawcy

składającemu ofertę, powinno być wykazane przez wypełnienie załącznika nr 6 do SIWZ (załącznik wskazany w pkt 9.1.3 SIWZ).

Zgodnie z wzorem załącznika nr 6, przystępujący złożył zobowiązanie innego podmiotu, wskazując m.in.: oddanie niezbędnych zasobów do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, tj. /należy wymienić/: 1. Produkcja i dostawa infrastruktury TETRA z okresem gwarancji 36 miesięcy, w tym zasoby osobowe (Personel produkcyjny + 1 inżynier Projektu + 1 Inżynier Obsługi Posprzedażnej); 2. Przygotowanie dokumentacji projektowej (1 Inżynier + 1 Technik Projektu); 3. Uruchomienie (1 Inżynier + 1 Technik Projektu); 4. Szkolenie (1 Inżynier Projektu).

Na istotę udostępniania zasobów przez inny podmiot zwrócono uwagę w orzecznictwie, jedne z ostatnich wyroków Izby w tym zakresie: KIO 629/13 z dnia 2 kwietnia 2013 r., KIO 953/13 z dnia 8 maja 2013 r. (poleganie na zasobach innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia).

Izba rozpoznając odwołanie związana jest zarzutami przedstawionymi przez odwołującego, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp (Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Odwołujący w zakresie wskazanego zarzutu zacytował przepis art. 26 ust. 2b Pzp. Odnosząc się natomiast do treści zobowiązania podał, że: *Wykonawca Hardsoft-Telekom J..... K..... wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oparł się na referencjach podmiotu trzeciego - hiszpańskiej spółki TeltronicS.A.U., załączając w tym celu stosowne oświadczenie. Odwołujący podkreślił, że z treści oświadczenia w żaden sposób nie wynika, aby spółka TeltronicS.A.U. zobowiązała się oddać wykonawcy Hardsoft-Telekom J..... K..... swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia...(orzecznictwo Izby). Mając na względzie przywołane przepisy i orzecznictwo, odwołujący stwierdził, że wykonawca Hardsoft-Telekom J..... K..... przedstawiając niepełne i niejednoznaczne w swej treści oświadczenie spółki TeltronicS.A.U. nie wykazał, aby dysponował zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia, a tym samym winien być on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.*

Wobec wypowiedzi zamawiającego przedstawionej na rozprawie, że zobowiązania innych podmiotów złożone przez wszystkich wykonawców zostały sporządzone według określonego w SIWZ wzoru, odwołujący skonkretyzował zarzut uznając, że w kwestionowanym

zobowiązaniu załączonym do oferty przystępującego brak jest wyrazów „wiedzy i doświadczenia”.

Zamawiający nie uznał zarzutu, potwierdzając wypełnienie wymagania przez przystępującego w sposób wynikający z postanowień SIWZ.

Izba mając na uwadze, że udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot, co do sposobu, zakresu, nie było objęte odwołaniem, poza zarzutem niezamieszczenia wyrazów „wiedzy i doświadczenia” w narzuconym wzorze dokumentu, przy jednoznacznej pozostałej treści zobowiązania, uznała, że zarzut ten nie znajduje uzasadnienia.

Zatem, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, mając na uwadze nie wykazanie przez odwołującego naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp- treść oferty wykonawcy J..... K..... Hardsoft-Telekom nie odpowiada treści SIWZ, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp- nie wykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła wynagrodzenie pełnomocników - w sprawie sygn. akt KIO 1524/13 w kwocie 3 600 zł i w sprawie sygn. akt KIO 1528/13 w kwocie 1 800 zł - wynikających z rachunków przedłożonych do akt sprawy oraz wskazanych w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....