

Sygn. akt: KIO 1936/19
KIO 1947/19

WYROK
z dnia 14 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 30 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Motorola Solutions Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie przy ul. Czerwone Maki 82 (30-392 Kraków), **Motorola Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 (02-675 Warszawa) (sygn. akt KIO 1936/19);
- B) w dniu 30 września 2019 r. przez Wykonawcę **RADMOR Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gdyni przy ul. Hutniczej 3 (81-212 Gdynia) (sygn. akt KIO 1947/19)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”**, ul. Żwirki i Wigury 1 (00-906 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy **RadioPartners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Marynarskiej 21 (02-674 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1936/19 i KIO 1947/19 po stronie Zamawiającego

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Motorola Solutions Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie przy ul. Czerwone Maki 82 (30-392 Kraków), **Motorola Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 (02-675 Warszawa),

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1947/19 po stronie Odwołującego.

orzeka:

1

- A. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1936/19).
 - B. Uwzględnia odwołanie wniesione przez Radmor S.A z siedzibą w Gdyni i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających niekaralność prokurentów podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, wystawionych w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (sygn. akt KIO 1947/19).
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o. z/s w Krakowie, Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1936/19) oraz Zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” (sygn. akt KIO 1947/19) i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: wspólnie ubiegających się o zamówienie Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o. z/s w Krakowie oraz Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1936/19) oraz Radmor S.A. z/s w Gdyni (sygn. akt KIO 1947/19), tytułem wpisu od odwołań, w tym:
- 2.1.1 kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o. z/s w Krakowie oraz Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1936/19);
 - 2.1.2 kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Radmor S.A. z/s w Gdyni (sygn. akt KIO 1947/19).
- 2.2. Zasądza od Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” kwotę 1.800,00 zł 00 gr. (słownie: tysiąc

osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w sprawie KIO 1936/19.

2.3 Zasądza od Zamawiającego Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” na rzecz Wykonawcy Radmor S.A. z/s w Gdyni kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania w sprawie KIO 1947/19.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1936/19
KIO 1947/19

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” w trybie negocjacji z ogłoszeniem na *dostawę i wdrożenie systemu łączności rankingowej TETRA dla Lotniska Chopina w Warszawie* (nr postępowania: 95/NZ0/ZP/TLLZP/18), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 6 czerwca 2018 r. 2018/S 106-242612, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o.), zostały wniesione w dniu 30 września 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania Wykonawców: wspólnie ubiegających się o zamówienie Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o. i Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. – Odwołujący I/Konsorcjum Motorola (sygn. akt KIO 1936/19) oraz Radmor S.A. – Odwołujący II (sygn. akt KIO 1947/19).

Zamawiający udostępnił kopię odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 1 października 2019 r. Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1936/19 i KIO 1947/19 Wykonawca RadioPartners Sp. z o.o., a po stronie Odwołującego II, w sprawie KIO 1947/19 Konsorcjum Motorola.

Odwołujący I/Konsorcjum Motorola zakwestionował czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez RadioPartners Sp. z o.o., zaniechanie jej odrzucenia jako niezgodnej z siwz i zaniechanie odtajnienia formularza technicznego złożonego do oferty, jako prowadzące do naruszenia przepisów Ustawy:

- 1) art. 8 ust. 3 poprzez zaniechanie odtajnienia formularza technicznego pomimo braku wykazania przez Wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu obowiązujących przepisów;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo jej niezgodności z siwz, co powinni prowadzić do jej odrzucenia.

Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu odtajnienie w całości formularza technicznego stanowiącego załącznik do oferty, nakazanie ponownej oceny oferty Wykonawcy, a w konsekwencji jej odrzucenia jako niezgodnej z siwz.

Zarzuty podniesione w odwołaniu wynikają z analizy załączonej do oferty dokumentacji. Ze względu na utajnienie formularza technicznego należy uznać, że Wykonawca nie wykazał, że jego oferta spełnia wymagania siwz i nie podlega odrzuceniu. Dokonanie w tych okolicznościach wyboru oferty prowadzi do wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym w sprawie wystąpiłaby przesłanka unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do uzasadnienia objęcia załącznika do oferty tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał na brak dowodów, które miałyby uzasadniać twierdzenia podnoszone przez Wykonawcę, w tym umów z poddostawcami, na które powołał się, jak również dokumentacji wewnętrznej podmiotu, regulujących zasady dostępu do informacji. Przedstawienie informacji niemożliwych do weryfikacji bez jakiegokolwiek środka dowodowego nie sposób uznać za „wykazanie”, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp. Zamawiający powinien był wezwać do złożenia dowodów, a w przypadku ich braku odtajnić formularz techniczny.

Niezgodność dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę z siwz stanowi kolejną podstawę zarzutu, podniesionego z ostrożności z uwagi na istnienie uzasadnionego podejrzenia niezgodności oferty z siwz. Na takie podejrzenie wskazywać ma utajnienie kluczowego dokumentu, co może wskazywać na liczne nieprawidłowości zaoferowanego przedmiotu zamówienia i rozwiązań technicznych. Bazując na swej wiedzy inżynierskiej, doświadczeniu branżowym oraz znajomości rynku, Odwołujący stoi na stanowisku, iż zaoferowane rozwiązania nie spełniają wymagań i nie odpowiadają na potrzeby Zamawiającego. Z tego też względu dokonanie pełnej kontroli zaoferowanego rozwiązania, przy użyciu odtajnionego formularza jest czynnością niezbędną dla zapewnienia prawidłowego wyniku postępowania.

Dokonana w tych okolicznościach czynność wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu i powinna zostać unieważniona, a proces oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty powtórzony zgodnie z wnioskami Odwołującego.

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo braku prawidłowej weryfikacji, czy Wykonawca, którego oferta została wybrana, spełnia przesłanki do wykluczenia, co miało prowadzić do naruszenia przepisów Ustawy:

- a) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 Ustawy w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) – poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o. do złożenia dokumentów dotyczących niekaralności prokurentów reprezentujących podmiot, na którego zasobach opiera się wykonawca, tj. Hytera Mobilfunk GmbH i poprzez stwierdzenie, pomimo nieprzedstawienia aktualnych dokumentów, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowaniu;

b) art. 26 ust 3 w zw. z art. 22a ust. 6 Ustawy w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów – poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących podstawy dysponowania osobami, którymi będzie dysponował Wykonawca przy wykonywaniu zamówienia w zakresie zgłoszonych osób – J.S oraz P. E.K..

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym wezwanie Wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o. do uzupełnienia informacji z właściwego rejestru potwierdzającej brak skazania prawomocnym wyrokiem sądu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp (dla prokurentów) oraz wezwanie do wyjaśnienia podstawy dysponowania zasobami.

Wybrany wykonawca posłużył się zasobami podmiotu trzeciego – spółki Hytera Mobilfunk GmbH i załączył między innymi zaświadczenia o niekaralności (Führungszeugnis) prokurentów M.H. oraz A.H., odpowiednio wystawione w dniu 1.10.2018r oraz 23.01.2018 r. Ponieważ termin składania ofert został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 2 sierpnia 2019 r. przedłożone dokumenty nie spełniają wymogu dotyczącego 6-miesięcznego terminu ważności. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów.

Wykonawca wybrany wskazał na zasoby osobowe p. G.P., którego kwalifikacje zostały przez Zamawiającego zakwestionowane, co doprowadziło do wezwania pismem z dnia 6.09.2019 r. na podstawie art. 22a ust. 6 Ustawy Wykonawcy do zastąpienia tego podmiotu innym lub zobowiązaniem się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. RadioPartners Sp. z o.o. w odpowiedzi z dnia 16.09.2019 r. zobowiązał się do osobistego wykonania zamówienia i zadeklarował do realizacji osoby pozostając bezpośrednio w jego dyspozycji, wskazując te osoby. Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić, czy powołane kolejne osoby nie są w rzeczywistości podmiotami trzecimi. W ten sposób Wykonawca nie miał potrzeby uzupełniania dokumentów, których przedłożenia wymagał Zamawiający. Sformułowanie „pozostające bezpośrednio w dyspozycji” jest na tyle niejednoznaczne, że może pomieścić wiele różnych stosunków prawnych. Wątpliwości Odwołującego wynikają z faktu, iż p. J.S. prowadzi własną działalność gospodarczą pod firmą „STELTECH” J. S., a zakres jego działalności pokrywa się z zakresem usługi, jakie mają być wykonywane na rzecz RadioPartners Sp. z o.o. Ponadto osoba ta jest współnikiem i prokurentem w Przedsiębiorstwie Produkcji Handlu i Usług „Telmark” Sp. z o.o. Okoliczności te czynią wątpliwym, aby wskazana osoba stanowiła „zasób własny” Wykonawcy. Podobna weryfikacja powinna dotyczyć drugiej osoby Pani P.E.K..

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron oraz uczestników postępowania Izba rozpoznała wniosek Zamawiającego, podtrzymany również przez Przystępującego po jego stronie Wykonawcę - RadioPartners Sp. z o.o., o odrzucenie obu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp uzasadniony tym, że obaj Odwołujący nie przedłużyli terminu związania ofertami. Okoliczność ta miała prowadzić do wniosku, iż Odwołujący utracili status wykonawców w postępowaniu, a zatem utracili legitymację do wniesienia odwołania na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu. Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron oraz uczestników postępowania Izba ustaliła, iż Zamawiający nie wzywał Odwołujących do przedłużenia terminu związania ofertami, natomiast takie wezwanie skierował w dniu 26.09.2019 r. do Wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o., którego ofertę wybrał w dniu 19.09.2019 r. jako najkorzystniejszą. Termin związania ofertami Odwołujących upłynął w dniu 28.09.2019 r., tj. na dwa dni przed złożeniem odwołań i upływem terminu na ich wniesienie.

Mając na uwadze fakt, iż w dacie czynności Zamawiającego objętych zarzutami, tj. badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, termin związania ofertami obu Odwołujących nie upłynął, a czynność wyboru oferty najkorzystniejszej kreowała wynik postępowania, obaj wykonawcy, którzy złożyli ważne oferty mogli korzystać z przysługujących im praw, w tym prawa do złożenia odwołania na wynik postępowania. W ocenie składu orzekającego, upływ terminu związania ofertami, który nastąpił przed dniem złożenia odwołań, nie zmienia sytuacji prawnej wykonawców, którzy nie zostali formalnie wykluczeni z postępowania, jak również ich oferty nie zostały odrzucone. W orzecznictwie wyrażany był pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została skutecznie odrzucona z postępowania, co oznaczało tym samym, iż wykonawca taki tracił status uczestnika postępowania (pogląd taki został zaprezentowany m.in. w postanowieniu KIO z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 849/16, jak również w przywołanym tam postanowieniu SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt IV Ca 521/08). Tylko w takiej sytuacji, przyjmując pogląd prezentowany w orzeczeniach, możliwe byłoby uznanie, iż podmiot wnoszący odwołanie nie był do tego uprawniony. W niniejszej sprawie nie można jednak wskazać, iż doszło do odrzucenia ofert Odwołujących, a tylko wówczas dopuszczalne byłoby przesądzenie o ostatecznym statusie wykonawców w postępowaniu. Status ten nie mógł być przesądzony również z tej przyczyny, iż Zamawiający nie weryfikował oświadczeń wstępnych obu Odwołujących, a zatem Izba nie miała podstaw do przyjęcia jako poprawnej tezy, iż Odwołujący utracili status wykonawcy w toczącym się postępowaniu. W świetle powyższego Izba uznała, iż nie zachodziła przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy wobec obu Odwołujących się Wykonawców.

Na posiedzeniu niejawnym Odwołujący I wycofał zarzut opisany w odwołaniu w pkt 1, tj. dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentu – formularza technicznego, który to dokument został przez Zamawiającego udostępniony Odwołującemu I w dniu 30.09.2019 r. (tj. w dniu złożenia odwołania). Konsorcjum Motorola podtrzymało odwołanie w zakresie drugiego zarzutu, tj. zaniechania odrzucenia oferty RadioPartners Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią siwz. W świetle tego oświadczenia odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie w zakresie podtrzymanym przez Wykonawcę.

Odwołujący II podtrzymał odwołanie w całości.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniami objęte zostały te czynności i zaniechania Zamawiającego, których efektem było wskazanie oferty najkorzystniejszej innemu wykonawcy, który zrealizuje zamówienie, o jakie ubiegają się Odwołujący, mają Oni interes w tym, aby żądać zweryfikowania prawidłowości oceny czynności wyboru tej oferty. Będąc zainteresowanymi uzyskaniem zamówienia i składając ważne oferty, posiadali w momencie wnoszenia odwołań interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie pozbawiały ich szansy na uzyskanie zamówienia. Izba nie przychyliła się do argumentów Zamawiającego oraz Przystępującego po jego stronie, iż na skutek upływu terminu związania ich ofertami, nie doszło do poniesienia szkody lub wystąpienia możliwości jej poniesienia przez Odwołujących. W tym zakresie należało bowiem uwzględnić fakt, iż w dacie ustalenia wyniku postępowania, tj. wskazania oferty najkorzystniejszej, termin związania ofertami wykonawców nie upłynął. Zatem czynność Zamawiającego wywoływała skutki materialne dla ofert pozostałych dwóch wykonawców, mogąc prowadzić do poniesienia szkody na skutek wadliwej oceny oferty wybranej. Późniejszy upływ terminu związania ofertami nie wpływał na ocenę istnienia związku przyczynowego pomiędzy decyzją o wyborze oferty najkorzystniejszej i brakiem udzielenia tego zamówienia jednemu z dwóch pozostałych wykonawców. Gdyby bowiem uznać, iż

wybór oferty najkorzystniejszej został przeprowadzony z naruszeniem przepisów Ustawy, to faktycznie obaj wykonawcy mogliby wniesionymi odwołaniami doprowadzić do uchylecia skutków wadliwej czynności Zamawiającego. Niezależnie od dalszych losów postępowania, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej mogła prowadzić do powstania szkody po stronie Odwołujących się, którzy złożyli ważne oferty i mogli zamówienie to realizować, przy założeniu, iż czynności Zamawiającego przeprowadzone byłyby w zgodzie z ustalonymi zasadami oraz przepisami Ustawy.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania obu odwołań.

Sygn. akt KIO 1936/19.

Odwołanie Konsorcjum Motorola ograniczone zostało do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty RadioPartners Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią siwz. Argumentacja Odwołującego w tej części odwołania sprowadzała się wyłącznie do wskazania uzasadnienia istnienia podejrzenia jej niezgodności, bez wskazania konkretnych okoliczności faktycznych, co było wynikiem utajnienia dokumentu opisującego oferowany przedmiot i rozwiązania techniczne. Faktycznie Odwołujący formułując zarzuty w odwołaniu nie miał wiedzy co do zakresu rzeczowego oferty wybranej i bazował na własnym doświadczeniu i wiedzy inżynierskiej oraz znajomości rynku. Jak sam to ujął w pkt 24 uzasadnienia *Zarzut Odwołującego w tym zakresie ma charakter niejako wyprzedzający w stosunku do ewentualnej (zdaniem Odwołującego zasadnej) decyzji o odtajnieniu Formularza technicznego będącego załącznikiem do oferty Wykonawcy*. Odwołujący zakładał zatem, iż dopiero w oparciu o analizę odtajnionego dokumentu możliwe będzie dokonanie pełnej kontroli zaoferowanego rozwiązania. Ponieważ Zamawiający udostępnił utajniony dokument w ostatnim dniu na złożenie odwołania, Konsorcjum Motorola dopiero na rozprawie przedstawiło okoliczności faktyczne, która miałyby uzasadniać zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej. W ocenie Izby takie działanie nie było dopuszczalne, gdyż prowadziło do modyfikacji, poprzez uzupełnienie zakresu zarzutu opisanego pierwotnie w treści odwołania, którym Izba była związana zgodnie z art. 193 ust. 7 Ustawy. O zakresie zarzutu podlegającym rozpoznaniu Izby przesądza nie samo postawienie w odwołaniu tezy wystąpienia niezgodności oferty z siwz, ale wskazanie konkretnych okoliczności, w zakresie których wykonawca dopatruje się takiej niezgodności. Tylko wówczas można oczekiwać, iż Izba będzie władna do przeprowadzenia postępowania dowodowego, które pozwalałyby na odniesienie się do podstawy faktycznej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Również tylko w takich warunkach Zamawiający może faktycznie odnieść się do zasadności zarzutu i bronić swojej

decyzji w postępowaniu odwoławczym. W niniejszej sprawie Odwołujący zdecydował się na wycofanie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Ustawy w związku z udostępnieniem przez Zamawiającego dokumentu, który pozwalał na analizę przedmiotu oferty pod kątem jego zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Cofnięcie tego zarzutu uniemożliwiało Izbie zajęcie stanowiska i ewentualne nakazanie unieważnienia czynności w postępowaniu dokonanych z naruszeniem zasady jawności postępowania. Jednocześnie podtrzymanie zarzutu, który mógł zostać poprawnie sformułowany dopiero po analizie odtajnionego dokumentu, miało ten skutek, że Izba była związana podstawą faktyczną prezentowaną w odwołaniu i nie mogła przyjąć nowych okoliczności wykraczających poza tę podstawę. Dopiero argumenty prezentowane na rozprawie pozwalały na zidentyfikowanie przyczyn, dla których oferta wybrana nie powinna być uznana za najkorzystniejszą. Chociaż Odwołujący formułując zarzut w odwołaniu wskazał na konieczność przeprowadzenia pełnej analizy oferty, również w części dokumentu utajnionego, to nie wskazał czym taką potrzebę uzasadnia. Jego wiedza nie została w żaden sposób sprecyzowana, a na rozprawie wręcz potwierdził, iż nie miał wiedzy jaki system stanowi przedmiot oferty wybranej. Potwierdza to zatem wniosek, iż zarzut został postawiony na wyrost bez konkretnych przyczyn, które miałyby zarzut ten potwierdzać. Dopuszczenie takiej praktyki prowadziłoby do wypaczenia roli postępowania odwoławczego, jako środka służącego stronom sporu do oceny zasadności czynności przeprowadzonych w postępowaniu. Zamawiający jak i przystępujący po jego stronie Wykonawca nie mogli w oparciu o treść odwołania odnieść się do podstawy zarzutu i przygotować właściwych dowodów na odparcie twierdzeń Odwołującego. Tym samym również legitymacja Izby do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu wyznaczona została uzasadnieniem prezentowanym w odwołaniu, a to nie zawierało żadnej z okoliczności podniesionych dopiero na rozprawie.

W tym stanie rzeczy Izba rozpoznała zarzut mając na uwadze uzasadnienie zawarte w odwołaniu, które nie zawierało nawet ogólnych informacji co do przedmiotu oferty. Faktycznie nie było żadnych podstaw, w oparciu o które Izba mogła uznać, że oferta nie odpowiada wymaganiam Zamawiającego, a tym samym zarzut nie mógł być uwzględniony.

W świetle powyższego odwołanie Konsorcjum Motorola podlegało oddaleniu.

Sygn. akt 1947/19.

Odwołujący podniósł zarzuty odnoszące się do sposobu weryfikacji podstaw do wykluczenia Wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o. z postępowania, wskazując na brak dokumentu dotyczącego niekaralności prokurentów spółki Hytera Mobilfunk GmbH, wystawionych nie wcześniej niż w okresie 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca

przedłożył na wezwanie Zamawiającego zaświadczenia o niekaralności (Führungszeugnis) prokurentów M.H. oraz A.H., odpowiednio wystawione w dniu 1.10.2018r oraz 23.01.2018 r.

Postępowanie prowadzone jest w trybie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu, jako procedura negocjacyjna z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie. Wykonawcy składali najpierw wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do których załączali oświadczenia wstępne w formularzu JEDZ. Zamawiający nie wymagał przedłożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie art. 24 ust. 1 Ustawy. Zgodnie ze zmodyfikowaną treścią ogłoszenia, w sytuacji gdy liczba wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu byłaby większa niż 10 Zamawiający wskazał, iż wezwie wykonawców do złożenia dokumentów. Przy mniejszej liczbie wniosków Zamawiający żądać miał dokumentów wyłącznie od wykonawcy, którego oferta będzie najkorzystniejsza.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczony został na dzień 20.07.2018 r. i w terminie tym wnioski złożyło dziewięciu wykonawców. Następnie na zaproszenie Zamawiającego pięciu wykonawców złożyło oferty wstępne w terminie wyznaczonym, tj. do 21.12.2018 r. W dniu 02.01.2019 r. Zamawiający zaprosił wszystkich pięciu wykonawców do negocjacji, a po ich zakończeniu wykonawcy zostali zaproszeni do złożenia ofert w terminie do 31.07.2019 r., godz. 10:00. Wraz z zaproszeniem Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz). W pkt VI. 2 Zamawiający wskazał, iż *przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:* w tym m.in. *informacji z KRK (...) wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.* Wobec wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP w miejsce informacji z KRK w siwz wskazano na obowiązek przedłożenia informacji z odpowiedniego rejestru lub innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy. Zgodnie z pkt VI. 4 dokumenty te powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wyłącznie Wykonawcę RadioPartners Sp. z o.o., którego ofertę uznał za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba uznała, iż Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę RadioPartners Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów – informacji o niekaralności prokurentów spółki prawa niemieckiego, wystawionych w okresie 6 miesięcy

przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający oraz Przystępujący wskazywali, iż dokumenty wystawione w okresie 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków pozwalały stwierdzić, iż podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania. Stanowisko to argumentowali tym, że postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w którym wykonawcy składali wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a tym samym zastosowanie winien mieć przepis § 7 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia w sprawie dokumentów (...). Zgodnie z przywołaną podstawą prawną *dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. b, powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych sprawy Izba uznała, iż termin 6 miesięcy ustalony dla informacji z KRK/odpowiednich dokumentów, wystawianych w miejscu zamieszkania osób, należało odnieść do terminu składania ofert. Wprawdzie w rozporządzeniu mowa jest o terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do upływu których dokumenty zachowują aktualność, to w niniejszym postępowaniu należało mieć na uwadze, iż Zamawiający nie weryfikował oświadczeń złożonych w JEDZ na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dopiero wobec wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej (uznał za najkorzystniejszą) przewidział w siwz konieczność przedłożenia dokumentów, określając w odniesieniu do informacji o niekaralności ich okres aktualności na okres 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Chociaż postępowanie miało charakter dwuetapowy, to dopiero na etapie oceny ofert Zamawiający sprawdzał aktualność oświadczeń złożonych w JEDZ. Miało to swoje uzasadnienie między innymi w przewidzianej procedurze odwróconej, ale także z uwagi na długość procedury przetargowej, pozwalało uzyskać najbardziej aktualną informację o sytuacji podmiotu, któremu miałyby zostać udzielone zamówienie. Zamawiający i Przystępujący twierdzili, iż wystawienie informacji w okresie 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu miało być wystarczające dla ustalenia, iż nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Stanowisko to nie mogło być przyjęte nie tylko z uwagi na precyzyjny zapis siwz, ale również miało się z celem żądania złożenia aktualnych dokumentów, które powinny odnosić się do momentu oceny złożonej oferty. Chociaż procedura miała charakter dwustopniowy, to faktycznie dopiero po złożeniu oferty wykonawcy mogli liczyć się z potrzebą przedłożenia dokumentów. Ponadto, zmiana zasad weryfikacji podmiotowej na etapie oceny ofert nie mogła mieć miejsca. Zamawiający sprecyzował jasno, jakich dokumentów oczekuje i powinien zapis ten zastosować weryfikując ofertę RadioPartners Sp. z o.o. w oparciu o dokumenty wymagane w siwz.

W świetle powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzyć czynność badania braku podstaw do wykluczenia RadioPartners Sp. z o.o. z postępowania, przez wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy informacji potwierdzającej niekaralność prokurentów spółki Hytera Mobilfunk GmbH.

W zakresie drugiej okoliczności, która budziła wątpliwości Odwołującego, tj. charakteru udziału osób wskazanych w zastępstwie potencjału osobowego podmiotu trzeciego, Izba oddaliła odwołanie. Zasadniczo Odwołujący formułował same wątpliwości bez przedstawienia wiarygodnych argumentów, na podstawie których można byłoby przyjąć, iż nie jest możliwe, aby wskazane osoby nie były zasobem własnym Wykonawcy. Samo wykazanie, iż osoby te prowadzą również działalność gospodarczą nie wyklucza możliwości ich zatrudnienia w charakterze pracowników na potrzeby konkretnego zamówienia. RadioPartners Sp. z o.o., zgodnie z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów z dnia 6.09.2019 r., zdecydowało się zrezygnować z zasobów podmiotu trzeciego i wykonać we własnym zakresie prace wymagające udziału osób spełniających wymagania Zamawiającego. Wskazane osoby spełniają te wymagania – ich kwalifikacje i doświadczenie nie były kwestionowane przez Odwołującego. Wykonawca przedłożył nowy wykaz osób, sporządzony według wzoru z załącznika nr 5 do siwz, posługując się sformułowaniem wprost użytym przez Zamawiającego, co nie było również wcześniej niezrozumiałe dla wykonawców. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił dowodów, które przeczyłyby oświadczeniu Wykonawcy, iż osoby te stanowią jego zasób, Izba nie miała podstaw do uwzględnienia odwołania. Wykonawca RadioPartners Sp. z o.o. przedłożył na rozprawie przygotowane na potrzeby postępowania odwoławczego oświadczenia obu specjalistów, które w swojej treści nie odbiegały istotnie od siebie. Nie miały one jednak decydującego znaczenia, gdyż Izba oceniała zasadność zarzutu z uwzględnieniem stanu faktycznego, jaki wynikał ze złożonych Zamawiającemu w postępowaniu dokumentów. Jak wskazano powyżej Odwołujący nie podołał ciężarowi dowodowemu, co miało ten skutek, że zarzut związany z oceną charakteru faktycznego udziału osób w realizacji zamówienia nie mógł być uwzględniony.

W świetle powyższego tylko odwołanie w sprawie KIO 1947/19 zasługiwało na uwzględnienie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy w związku z potwierdzeniem się zarzutu dotyczącego informacji o niekaralności osób. Zarzut ten okazał się istotny dla wyniku postępowania odwoławczego, gdyż prowadził do uchylecia aktualnego rozstrzygnięcia przetargu i nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności, które są konieczne dla ustalenia czy oferta najkorzystniejsza może być wybrana.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i 4 w zw. z § 6 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. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołujących się oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w sprawie KIO 1936/19 w wysokości ograniczonej do połowy kwoty wykazanej rachunkiem przedłożonym łącznie za reprezentację w obu sprawach połączonych i obciążyła nimi strony stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: