

Sygn. akt: KIO 1137/15

WYROK

z dnia 16 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2015 r. przez wykonawcę **SILTEC Sp. z o.o., ul. E. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, ul. W. Oczki 1, 00-909 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. i Eurotempest B.V., ul. Żytnia 15/22, 01-014 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SILTEC Sp. z o.o., ul. E. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

Uzasadnienie

Służba Kontrwywiadu Wojskowego (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę terminali klasy Tempest. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 marca 2015 r. pod pozycją 2015/S 059-103277.

W postępowaniu tym wykonawca SILTEC Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) w dniu 29 maja 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wyjaśnienia treści dokumentów podmiotowych Eurotempest B.V. – partnera wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. i Eurotempest B.V. (dalej: „Konsorcjum KenBIT”), w szczególności wyciągu z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej oraz oświadczenia o niekaralności złożonego przed notariuszem przez Eurotempest B.V. i Pana J. M.,
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wezwania Konsorcjum KenBIT do uzupełnienia dokumentów podmiotowych partnera Konsorcjum Eurotempest B.V. w zakresie: zaświadczeń o niekaralności Pana J. M. oraz Eurotempest B.V. (VOG) oraz pełnego wyciągu z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej dla Eurotempest B.V.,
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KenBIT, pomimo że oferta tego wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), tj. w zakresie certyfikacji dostarczanego wyrobu w zgodności z normą SDIP - 27 Level A i B,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 KC poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KenBIT, pomimo że oferta tego wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz wydanych na podstawie tej ustawy aktów wykonawczych, a w świetle tych przepisów stanowi świadczenie niemożliwe

w rozumieniu art. 387 § 1 KC, w związku z czym oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,

ewentualnie

5. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum KenBIT do wyjaśnienia treści oferty w zakresie możliwości przeprowadzenia wymaganych w procesie certyfikacji badań oferowanych terminali w laboratorium SKW lub ABW, bądź akredytowanym przez powyższe służby, a tym samym potwierdzenia realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz przepisów ustaw i aktów wykonawczych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Ad 1 i 2, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wyjaśnienia oraz uzupełnienia treści dokumentów podmiotowych Eurotempest B.V. w zakresie wyciągu z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej oraz oświadczenia o niekaralności złożonego przez notariuszem przez Eurotempest B.V. i Pana J. M.

Odwołujący podniósł, iż na stronach 38-40 oferty Konsorcjum KenBIT zamieściło wyciąg z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego. W rubryce wyłączni udziałowcy wskazana została spółka Boxholm Technologies A.B. z siedzibą w Sundvall w Szwecji, która została również wymieniona jako zarząd Eurotempest B.V., w dodatku „wyłącznie/niezależnie uprawniony”. Poniżej, w wyciągu wskazano, że autoryzowanym przedstawicielem Eurotempest B.V. jest Pan J. M., którego zakres pełnomocnictwa szczegółowo wraz z jego ograniczeniami został opisany w wyciągu w języku holenderskim. Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, treść wyciągu z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski nasuwa wątpliwości - z wyciągu w języku angielskim nie wynika w sposób jednoznaczny zakres umocowania Pana J. M. do składania oświadczeń w imieniu spółki Eurotempest B.V. Na podstawie załączonego do oferty wyciągu z Rejestru Handlowego nie wynika w sposób jednoznaczny, czy oświadczenia składane przez Pana J. M. w ramach złożonej oferty są ważne i czy wynikają z uprawnień, jakie przysługują Panu M. . Z uwagi na okoliczność, iż z załączonego do oferty wyciągu z Rejestru Handlowego nie wynikają istotne okoliczności, mające znaczenie dla ważności oferty, konieczne jest, zdaniem odwołującego, wyjaśnienie treści dokumentów o charakterze podmiotowym. Odwołujący stwierdził, że zamawiający powinien zastosować procedurę uregulowaną w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu ustalenia dlaczego dołączono wyciąg z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej w języku angielskim, który

zawiera niepełne informacje, jak również ustalenia pełnego zakresu umocowania Pana M. oraz podmiotu Boxholm Technologies A.B.

Odwołujący dodał, że ze względu na fakt, iż wyjaśnienia Konsorcjum KenBIT w zakresie uprawnienia Pana M. do reprezentowania Eurotempet B.V. nie mogą zastąpić wyciągu z Rejestru Handlowego, konieczne będzie również wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wyciągu o pełnej treści, zawierającego jednoznaczne informacje. Zasadnym byłoby, w opinii odwołującego, aby Konsorcjum KenBIT złożyło wyciąg z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej w języku holenderskim wraz z tłumaczeniem na język polski, bowiem z wyciągu w języku angielskim wynika, że to właśnie ten wyciąg zawiera wszystkie informacje dotyczące zakresu umocowania Pana J. M. . Z uwagi na powyższe, dla oceny ważności oferty konieczne jest zasięgnięcie tych informacji nie tylko od wykonawcy, ale również wprost z dokumentu urzędowego, który winien być uzupełniony.

Odwołujący zwrócił również uwagę na dokumenty zamieszczone na stronach 49-56 oferty Konsorcjum KenBIT mające świadczyć o niekaralności Eurotempet B.V. oraz Pana J. M. . Jak stwierdził odwołujący, z treści §3 ust. 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) wynika, iż oświadczenie o niekaralności wykonawcy oraz osoby fizycznej będącej w zarządzie podmiotu zbiorowego złożone przed notariuszem może być skutecznie dołączone do oferty jedynie wtedy, gdy w państwie siedziby wykonawcy spoza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie są wydawane zaświadczenia dotyczące niekaralności przez właściwe organy sądowe lub administracyjne. Odwołujący wskazał, że oświadczenia o niekaralności Eurotempet B.V. oraz Pana J. M. są niezgodne z §3 ust. 3 ww. rozporządzenia, bowiem zgodnie z wiedzą odwołującego, w Holandii są wydawane zaświadczenia o niekaralności, znane pod nazwą VOG. Zdaniem odwołującego, Konsorcjum KenBIT przedstawiło niewłaściwy dokument na potwierdzenie braku występowania przesłanek do wykluczenia z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 i pkt 9, pkt 10-11 ustawy Pzp, zamiast zaświadczenia VOG dla Eurotempet B.V. oraz Pana J. M. przedstawiło bowiem oświadczenie złożone przed notariuszem. Powyższe uzasadnia, w opinii odwołującego, wezwanie Konsorcjum KenBIT do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie wskazania przyczyn, dla których Eurotempet B.V. oraz Pan J. M. przedstawili zamiast zaświadczenia o niekaralności, oświadczenie złożone przed notariuszem.

Jednocześnie, zdaniem odwołującego, konieczne będzie również wezwanie Konsorcjum KenBIT do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaświadczeń

o niekaralności VOG dla Eurotempet B.V. oraz dla Pana J. M. dla potwierdzenia braku występowania przesłanek do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert. Według wiedzy odwołującego, zamawiający nie prowadził żadnej korespondencji z Konsorcjum KenBIT w tym zakresie na etapie badania i oceny ofert, co odwołujący ocenił jako zaniechanie czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Ad 3 i 4, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KenBIT, pomimo że oferta tego wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz wydanych na podstawie tej ustawy aktów wykonawczych, tj. w zakresie przebadania oraz certyfikacji dostarczanego wyrobu w zakresie zgodności z normą SDIP - 27 Level A i B.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający w Specyfikacji technicznej stanowiącej Załącznik nr 2 do SIWZ wymaga w ramach przedmiotu zamówienia, aby wykonawcy wraz z terminalem klasy Tempest dostarczyli certyfikaty, po przeprowadzeniu badań w Laboratorium Ochrony Elektromagnetycznej, wydane przez ABW lub SKW w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych. Certyfikat ma potwierdzać, że dostarczany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom norm SDIP - 27 Level A i B. Powyższe potwierdzały również postanowienia umowne, w których wykonawca zobowiązywał się do dostarczenia terminali klasy Tempest zgodnymi z obowiązującymi normami. Odwołujący wyjaśnił, iż w praktyce oznacza to, że terminale klasy Tempest, stanowiące przedmiot dostawy w ramach przedmiotowego zamówienia, będą wyprodukowane przez wykonawcę w sposób odpowiadający parametrom technicznym określonym w specyfikacji zamawiającego, a następnie po ich produkcji i dostosowaniu będą przebadane w celu pozyskaniu certyfikatu potwierdzającego jego zgodność z normami SDIP - 27 Level A i B. Badania oferowanych terminali stanowiących przedmiot zamówienia mogą być przeprowadzone jedynie w laboratoriach ochrony elektromagnetycznej ABW, SKW albo akredytowanych przez te jednostki. Powyższe wynika z obowiązujących przepisów, przede wszystkim z ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

Odwołujący przywołał art. 50 ust. 1 i 6 ustawy o ochronie informacji niejawnych i wywiódł z ich treści, iż urządzenia ochrony elektromagnetycznej, jakimi są terminale klasy Tempest stanowiące przedmiot dostawy, służące do ochrony informacji niejawnych, muszą być poddane odpowiednim badaniom laboratoryjnym potwierdzonym certyfikatami, przy czym badań tych dokonuje ABW lub SKW. W drodze wyjątku, badania mogą być zlecone podmiotowi zewnętrznemu, jednakże warunki i zasady ich przeprowadzenia są określane

przez służby.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zasady zlecenia badań podmiotom zewnętrznym zostały określone w Zarządzeniu z dnia 28 marca 2011 r. Nr 19 Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w sprawie ustalenia rocznego limitu badań środków ochrony elektromagnetycznej wykonywanych przez Laboratorium Ochrony Elektromagnetycznej Wydziału i Departamentu Bezpieczeństwa Teleinformatycznego ABW, kolejności realizowania przez nie badań oraz zlecenia podmiotom zewnętrznym badań środków ochrony elektromagnetycznej (Dz.Urz. ABW 2011 Nr 1, poz. 1). Zgodnie z §3 ust. 1 ww. Zarządzenia „Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego wybiera podmiot zewnętrzny, znajdujący się na liście laboratoriów spełniających warunki do przeprowadzania badań środków ochrony elektromagnetycznej, któremu zleci wykonanie badań, informując jednocześnie wnioskodawcę o wybranym podmiocie zewnętrznym oraz o kosztach przeprowadzenia badań, określonych w oparciu o przepisy aktu wykonawczego, wydanego na podstawie art. 53 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych”.

Odwołujący stwierdził, że ww. przepisy wskazują, iż przeprowadzenie badań urządzeń ochrony elektromagnetycznej, jakimi są między innymi terminale klasy Tempest stanowiące przedmiot zamówienia, nie może odbyć się w laboratorium przypadkowym. Zauważył, że ABW oraz SKW prowadzą listę laboratoriów, w których mogą być przeprowadzone takie badania. Jak wynika z dokumentu „Wykaz laboratoriów badawczych, których kompetencje do wykonywania badań zleczanych w trybie art. 50 ust. 6 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228) są uznawane przez SKW” do laboratoriów uznawanych przez SKW należą:

- Laboratorium Kompatybilności Elektromagnetycznej Wojskowego Instytutu Łączności - Wojskowy Instytut Łączności, ul. Warszawska 22A, 05-130 Zegrze
- Dział Laboratoriów, Pomiarów i Badań II Bumar Elektronika S.A. - Bumar Elektronika S.A., ul. Nadmeńska 14, 05-230 Kobyłka
- Laboratorium Ochrony Elektromagnetycznej SILTEC Sp. z o.o. - SILTEC Sp. z o. o., ul. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa
- Laboratorium Wojskowych Zakładów Łączności Nr 2 S.A. - Wojskowe Zakłady Łączności nr 2 S.A., ul. Fabryczna 12, 55-003 Czernica.

Odwołujący zauważył, że Konsorcjum KenBIT nie posiada na terenie Rzeczypospolitej Polskiej laboratorium służącego do badania urządzeń ochrony elektromagnetycznej. Takie laboratorium może posiadać partner Konsorcjum, czyli Eurotempest B.V. na terenie Holandii. Odwołujący wskazał jednak, że zgodnie z prawem

polskim oraz międzynarodowym, dla akredytowania laboratorium znajdującego się na terenie innego państwa konieczne jest memorandum pomiędzy służbami bezpieczeństwa obu państw (wymiana informacji niejawnych - sprawozdania z badań). Odwołujący, jako profesjonalista działający od wielu lat na rynku zbrojeniowym, nie posiada wiedzy, iż pomiędzy ABW i SKW, a służbami bezpieczeństwa w Holandii takie memorandum zostało podpisane. Stąd, nawet w przypadku, gdy w ramach realizacji zamówienia Konsorcjum KenBIT będzie korzystało z laboratorium Eurotempet B.V., przedmiot zamówienia, tj. dostarczane terminale klasy Tempest nie będą odpowiadać wymaganiom SIWZ, jak również przepisom obowiązujących ustaw oraz aktów wykonawczych. Jak wskazał odwołujący, zamawiający wymagał wprost w SIWZ, aby wykonane terminale odpowiadały normom SDIP - 27 Level A i B, przy czym muszą być przebadane i certyfikowane zgodnie z wymaganiami ABW lub SKW. Stąd, na podstawie obecnego brzmienia oferty można stwierdzić, iż Konsorcjum KenBIT oferuje wykonanie dostawy w sposób niezgodny z SIWZ oraz obowiązującymi przepisami. Zdaniem odwołującego, z oferty wynika, że Konsorcjum KenBIT będzie korzystało z laboratorium holenderskiego partnera, czego w świetle obowiązujących przepisów uczynić nie może.

W opinii odwołującego, w przypadku Konsorcjum KenBIT, jako podmiotu nie posiadającego własnego akredytowanego laboratorium na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, koniecznym byłoby korzystanie z podwykonawcy, które takie laboratorium posiada, a zatem: ABW, SKW lub akredytowanych przez nich podmiotów wymienionych powyżej. Jednakże jak zauważył odwołujący, Konsorcjum KenBIT nie wskazało w ofercie, iż będzie korzystało z pomocy podwykonawców w zakresie przeprowadzenia badań laboratoryjnych i certyfikacji. Z oferty Konsorcjum KenBIT wynika, jakoby miało samodzielnie przeprowadzić wszystkie czynności składające się na przedmiot zamówienia, podczas gdy nie jest to możliwe z powodu okoliczności wskazanych wyżej. Brak wskazania w ofercie podwykonawcy w okolicznościach, w których korzystanie z pomocy podwykonawcy jest niezbędne, odwołujący uznał za niezgodność oferty z treścią SIWZ, której nie można naprawić, i która stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że brak wskazania podwykonawstwa pierwotnie w ofercie powoduje brak możliwości powoływania się na podwykonawcę na dalszym etapie postępowania. Odwołujący wskazał ponadto, iż złożenie wyjaśnień treści oferty, wskazanie na podwykonawcę w zakresie badań laboratoryjnych przez Konsorcjum KenBIT, stanowiłoby negocjowanie treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Jak stwierdził odwołujący, brak wskazania podwykonawcy w zakresie badań laboratoryjnych na potrzeby certyfikowania oferowanych terminali uznać należy za niezgodność oferty z SIWZ oraz obowiązującymi przepisami.

Odwołujący podniósł ponadto, że dysponowanie dostępem do laboratorium SKW, ABW lub podmiotów zewnętrznych na etapie składania ofert jest koniecznością. Zgodnie z Działem V pkt 1 SIWZ, termin realizacji zamówienia został ustalony na 20 tygodni. Tymczasem, proces certyfikacji jest czasochłonny i w praktyce może trwać nawet do kilku miesięcy. Wskazują na to regulacje, m.in. Zarządzenie Szefa ABW nr 19, zgodnie z którym roczny limit badań laboratorium ochrony elektromagnetycznej został ustalony na poziomie 300, zaś same badania są przeprowadzane w kolejności wpływu wniosków (§2 ust. 1 i 2 Zarządzenia). Odwołujący zwrócił uwagę, że przeprowadzenie badania środka ochrony elektromagnetycznej, jakim są np. terminale, dokonuje się na podstawie wniosku (§3 ust. 1 Zarządzenia), a następnie Szef ABW zleca podmiotowi zewnętrznemu przeprowadzenie stosownych badań na rzecz wnioskodawcy (§3 ust. 2 Zarządzenia). Jak wynika z Zarządzenia nr 45 Szefa ABW z dnia 17 sierpnia 2012 r. w sprawie certyfikacji urządzeń, narzędzi oraz środków przeznaczonych do ochrony informacji niejawnych, rozpoczęcie procesu certyfikacji powinno rozpocząć się w nieprzekraczalnym terminie trzech miesięcy od dnia rejestracji wniosku (§7 ust. 1 Zarządzenia nr 45). Odwołujący zaznaczył jednak, że rejestracja wniosku następuje w chwili uznania go przez ABW za kompletny, przy czym na uzupełnienie braków, Zarządzenie nr 45 przewiduje termin miesięczny (§6 ust. 8). Również same badania mogą trwać kilka tygodni, a ponadto warto przyjąć również prawdopodobieństwo wystąpienia nieprawidłowości w urządzeniu uzasadniające powrót do etapu produkcji i powtórzenie badań. Mając na uwadze powyższe zasady, wynikające z aktów wykonawczych, zwłaszcza zasadę przeprowadzania badań według kolejności wniosków, brak dysponowania dostępem do laboratorium na etapie składania ofert może uczynić realizację niniejszego zamówienia niemożliwym. Odwołujący stanął na stanowisku, iż Konsorcjum KenBIT na podstawie złożonej oferty nie jest w stanie wykonać wymaganej dostawy w ciągu 20 tygodni. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego Konsorcjum KenBIT złożyło ofertę na świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 KC, a tym samym oferta jego jest nieważna.

Zdaniem odwołującego, przedstawione wyżej reguły wykluczają również sytuację, w której możliwe będzie wykonanie badań oferowanych przez Konsorcjum KenBIT terminali w laboratoriach SKW lub ABW. Odwołujący wyraził przekonanie, iż skoro w przypadku laboratoriów ABW i SKW konieczne jest również złożenie wniosku o przeprowadzenie badań, jak też przewidziany jest termin na rozpoczęcie procesu certyfikacji (co reguluje Zarządzenie nr 45 Szefa ABW), termin 20 - tygodniowy jest zbyt krótki dla wykonania przedmiotu zamówienia w całości, zwłaszcza, iż w zakresie 123 kompletów terminali klasy Tempest, Konsorcjum KenBIT w ofercie zadeklarowało termin 16 - tygodniowy. Z powyższych względów, w ocenie odwołującego, zarzut zaniechania

odrzućenia oferty Konsorcjum KenBIT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 ze względu na niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ oraz przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz wydanych na podstawie tej ustawy aktów wykonawczych, tj. w zakresie przebadania oraz certyfikacji dostarczanego wyrobu w zgodności z normą SDIP - 27 Level A i B jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Ad 5

Odwołujący wskazał, że pomimo ewidentnej niezgodności oferty Konsorcjum KenBIT z SIWZ oraz jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów, jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna to za zasadne, zamawiający winien wezwać Konsorcjum KenBIT do wyjaśnienia, w jaki sposób oferuje on przeprowadzenie badań laboratoryjnych oferowanych terminali klasy Tempest. Z obecnej treści oferty nie wynika, jak zauważył odwołujący, iż wykonawca wykona dostawę w sposób odpowiadający obowiązującym przepisom i wymaganiom SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - dokonanie czynności wezwania Konsorcjum KenBIT na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści dokumentów w zakresie: wyciągu z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej oraz oświadczenia o niekaralności złożonego przez notariuszem przez Eurotempest B.V. i Pana J. M.,
 - dokonanie czynności wezwania Konsorcjum KenBIT na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie: zaświadczeń o niekaralności Pana J. M., Eurotempest B.V. (VOG) oraz wszystkich innych osób tworzących zarząd Eurotempest B.V., jak również pełnego wyciągu z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej dla Eurotempest B.V. wraz z tłumaczeniem na język polski,
 - dokonanie czynności odrzućenia oferty Konsorcjum KenBIT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp ze względu na zaoferowanie wykonania zamówienia niezgodnego z wymaganiami SIWZ oraz przepisów ustaw i aktów wykonawczych, poprzez brak gwarancji przebadania oraz certyfikacji dostarczanego wyrobu w zgodności z normą SDIP - 27 Level A i B,
- ewentualnie
- dokonanie czynności wezwania do wyjaśnień treści oferty Konsorcjum KenBIT na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie możliwości przeprowadzenia wymaganych w procesie certyfikacji badań oferowanych terminali w laboratorium SKW lub ABW, bądź akredytowanym przez powyższe służby, a tym samym potwierdzenia realizacji zamówienia

zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz przepisów ustaw i aktów wykonawczych.

W dniu 1 czerwca 2015 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum KenBIT.

W dniu 12 czerwca 2015 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wskazał m.in., że na skutek nowelizacji ustawy regulującej zamówienia publiczne w Holandii, która weszła w życie z dniem 1 kwietnia 2013 r., zmieniono treść przepisów odnośnie wymaganych dokumentów i zastąpiono VOG zaświadczeniem GVA uregulowanym w przepisach ustawy regulującej zamówienia publiczne w rozdziale IV w art. 4.1-4.11.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz treść oferty złożonej przez Konsorcjum KenBIT, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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

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

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia oraz uzupełnienia treści dokumentów podmiotowych Eurotempest B.V. w zakresie wyciągu z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej oraz oświadczenia o niekaralności złożonego przed notariuszem przez Eurotempest B.V. i pana J. M. . Izba przyjęła, iż zgodnie z wyciągiem z Rejestru Handlowego Holenderskiej Izby Handlowej złożonym przez Konsorcjum KenBIT w ofercie (strony 37-40 oferty), pan J. M. jest prokurentem spółki uprawnionym do działania w jej imieniu. Podobnie, jak w przypadku wyciągu z polskiego Krajowego Rejestru Sądowego, nieuzasadnione jest wymaganie od wykonawcy dodatkowych dokumentów dotyczących wskazanych w rejestrze prokurentów. Izba dała przy tym wiarę Konsorcjum KenBIT, iż wyciąg z rejestru w języku angielskim, jak i analogiczny wyciąg w języku holenderskim, są wersjami oficjalnymi. Izba zważyła, iż odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut nie przeprowadził dowodu na okoliczność, iż pan J. M. stosownego uprawnienia nie posiada, lub że z przepisów prawa holenderskiego wynikają w tym zakresie jakiegokolwiek ograniczenia.

Z uwagi na okoliczność, iż pan J. M. jest prokurentem Eurotempest B.V., nie zaś członkiem organu zarządzającego ww. spółki, brak jest podstaw do żądania złożenia dla tej osoby informacji o niekaralności bądź dokumentów zastępczych w tym zakresie. Wskazać bowiem należy na dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, która nakazuje wykluczenie z postępowania osoby prawnej, której urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za określone w nim przestępstwa, zaś §3 ust. 1 pkt 5) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawcy aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Wobec powyższego, wymóg złożenia informacji o niekaralności nie dotyczy pana J. M. .

Rozpoznając przedmiotowy zarzut w zakresie informacji o niekaralności dotyczącej Eurotempest B.V. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący zarzut swój oparł na stwierdzeniu, iż w Holandii wydaje się zaświadczenia o niekaralności GVA. Jednocześnie, Izba zważyła, że bezsporna między stronami jest okoliczność, iż zaświadczenia GVA dotyczą niekaralności w zamówieniach publicznych. Okoliczność tę potwierdza wyciąg z holenderskiej ustawy z dnia 1 listopada 2012 r. zawierającej nowe zasady zamówień publicznych dołączony przez odwołującego do pisma procesowego. Izba wzięła też pod uwagę dyspozycję §4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub

miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, tj. dokumentów w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Izba stwierdziła, iż zaświadczenie GVA obejmuje zakres znacznie węższy niż wymagają tego ww. przepisy prawa polskiego, stąd nie można uznać, iż jest to dokument wydawany w „w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy” Pzp. Złożenia zaświadczenia o niekaralności w zamówieniach publicznych jako informacji o niekaralności wymaganej ww. przepisami prawa polskiego nie można by uznać za wystarczające. Z tego względu twierdzenie, iż Konsorcjum KenBIT powinno przedłożyć zaświadczenie GVA wydane dla Eurotempet B.V. Izba uznała za nieuprawnione.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi o obowiązku odrzucenia oferty w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z treścią SIWZ. Izba nie dopatrzyła się niezgodności oferty Konsorcjum KenBIT z treścią specyfikacji w zakresie wskazanym przez odwołującego. Przede wszystkim, Izba ustaliła, iż zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazania na etapie składania ofert, w którym laboratorium będzie przeprowadzana certyfikacja urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia. Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego, w złożonej przez Konsorcjum KenBIT ofercie nie ma mowy o przeprowadzaniu certyfikacji urządzeń w laboratorium holenderskiego partnera. Izba stwierdziła również, że certyfikacja terminali nie stanowi podwykonawstwa w rozumieniu art. 2 pkt 9b ustawy Pzp – certyfikacja, jako rodzaj czynności wykonywanych na podstawie przepisów prawa przez konkretne uprawnione do tego instytucje nie stanowi części zamówienia publicznego, wyodrębnionego fragmentu dostaw stanowiących przedmiot zamówienia. Przeprowadzenie certyfikacji należy uznać za powiązane z przedmiotem zamówienia, jednak nie stanowiące jego części.

Izba zważyła również, że zamawiający nie ograniczył kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia tylko do dysponujących własnym laboratorium akredytowanym przez ABW czy SKW. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, iż nie posiadanie własnego laboratorium akredytowanego przez ABW czy SKW czyni wykonanie zamówienia niemożliwym. Ponadto, o niemożliwości świadczenia, o której stanowi w art. 387 § 1 KC można mówić wyłącznie wtedy, gdy nikt nie jest w stanie danego świadczenia wykonać. Tymczasem przyczyna ewentualnej niemożliwości świadczenia ma charakter subiektywny, wynikający z właściwości po stronie Konsorcjum KenBIT, tj. braku akredytowanego laboratorium. Izba stwierdziła, iż ewentualne przyszłe niewywiązanie się z zobowiązań powstałych na skutek umowy zawartej pomiędzy

zamawiającym a Konsorcjum KenBIT może być postrzegane jako nienależyte wykonanie zamówienia, którego stwierdzenie jest obwarowane określonymi konsekwencjami i leży już poza kognicją Izby. Tym samym, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 KC.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania Konsorcjum KenBIT do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec braku wymogu posiadania akredytowanego przez ABW czy SKW laboratorium właściwego do przeprowadzenia certyfikacji terminali, jak też braku wymogu złożenia w ofercie oświadczeń co do miejsca, w którym planowane jest przeprowadzenie certyfikacji, brak było podstaw do wyjaśniania treści oferty w przedmiotowym zakresie.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: