

## UZASADNIENIE

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

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

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

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

Odwołujący zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia:

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

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

ewentualnie

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

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

- a) pkt. 2 Formularza cenowego pt. Adaptacja istniejących lokalizacji do pełnienia funkcji stacji brzegowych,
- b) pkt. 3.1 Adaptacja ośrodka nadawczo-odbiorczego G.,
- c) pkt. 3.2 Adaptacja ośrodka nadawczo-odbiorczego Ś.,
- d) pkt. 6.2 Koszty wytworzenia oprogramowania,

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

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, iż (...) S.A. wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności

technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, tj. poprzez zaniechanie wykluczenia (...) S.A. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, a w następstwie naruszenie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A., mimo, że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

z ostrożności procesowej:

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

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

ewentualnie

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

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

ewentualnie:

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

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

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) Sp. z o.o. S.K., pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny wynikające z braku uwzględnienia przez (...) Sp. z o.o. S.K., konieczności

pozyskania od odwołującego rezerwacji częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności zbudowanego systemu z dniem 31 grudnia 2019 roku;

ewentualnie:

art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie naruszenie w tym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) Sp. z o. o. S.K., pomimo, iż cena tej oferty opiewa na kwotę poniżej kosztu wytworzenia dostaw, robót lub usług będących ich przedmiotem, a zatem jest też ceną rząco niską i nie gwarantuje możliwości należytego wykonania zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. S.K., pomimo, że podmiot ten sprzecznie z poczynioną deklaracją nie ma możliwości wykonania całości przedmiotu zamówienia w systemie zapewnienia jakości określonym normą ISO (...), a więc oferta jest sprzeczna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

ewentualnie:

z ostrożności, naruszenie art. 91 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie temu wykonawcy punktów w kryterium związanym z ISO, co mogło wpłynąć na pozycję tego wykonawcy w rankingu ofert;

3. niezastosowania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia oferty (...) Sp. z o.o. S.K., w sytuacji, gdy oferta (...) Sp. z o.o. S.K. zawierała błędy w obliczeniu ceny, które polegały na:

a) całkowitym pominięciu w kalkulacji ceny kosztów szkolenia, który to koszt stanowi część przedmiotu zamówienia i część składową ceny,

b) całkowitym pominięciu w kalkulacji ceny kosztów pozyskania badań poziomów promieniowania (...) dla potrzeb ochrony ludności,

c) całkowitym pominięciu w kalkulacji ceny kosztów pozyskania badań poziomów promieniowania (...) dla potrzeb BHP,

d) całkowitym pominięciu badań zasięgowych zbudowanych stacji brzegowych;

4. art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o. o. S.K., pomimo, że pracownicy tego podmiotu brali uprzednio udział, jako inżynier kontraktu w projekcie budowy na rzecz zamawiającego systemu (...), a tym samym mieli istotny udział w czynnościach, które doprowadziły do przygotowania niniejszego postępowania;

ewentualnie:

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

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

Część III - pozostałe zarzuty:

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

tego przepisu zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, która nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w rozumieniu tego przepisu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

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

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

1. wezwania do wyjaśnień (...) S.A. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z zarzutem z cz. I nr 2;
2. wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy (...) S.A. do uzupełnienia wykazu robót zgodnie z zarzutem z cz. I nr 3;
3. wezwania do uzupełnienia dokumentu wykazu osób wobec (...) S.A. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko: (1) Kierownik projektu, (2) Specjalista ds. systemów radiokomunikacyjnych, (3) Specjalista ds. budowlanych - w zakresie opisanego doświadczenia zawodowego i sporządzenia opisu wykonywanych czynności przez te osoby we wskazanych przez (...) S.A. projektach oraz w zakresie podania podstawy dysponowania tymi osobami;
4. ponowne przeliczenie punktacji przyznanej w ramach kryterium (...) zapewniania jakości ISO " (...)" wykonawcy (...) Sp. z o. o. S.K. i odjęcie punktów nienależnie przyznanych temu wykonawcy w tym kryterium zgodnie z zarzutem cz. II nr 2;
5. przeprowadzenie procedury z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp wobec wykonawcy (...) Sp. z o.o. S.K. zgodnie z zarzutem cz. II nr 4.

Odwołujący wnosił również o:

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

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

Dalej, odwołujący wskazywał, że art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp należy interpretować zgodnie z dwoma jednobrzmiącymi uchwałami Sądu Najwyższego z dnia 17.11.2017 roku (III CZP 56/17, III CZP 58/17), stwierdzającymi, że zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt

6 ustawy Pzp, mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

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

Odwołanie złożył także wykonawca C. A. z siedzibą w T. ((...))

W dniu 13 września 2018 roku wykonawca (...) S.A. z siedzibą w G. oraz wykonawca (...) Sp. z o.o. S.K. z siedzibą w W. zgłosili swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali stronę, do której zgłaszają przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Strony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpień.

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

W dniu 24 września 2018 roku zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1793/18 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1820/18, w których wnosił o oddalenie każdego z odwołań w całości i zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów postępowania. W tym samym dniu pismo procesowe w sprawie o sygn. akt KIO 1793/18 złożył przystępujący (...). Ponadto, przystępujący (...) w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron w dniu 25 września 2018 roku złożył swoje pismo procesowe do sprawy o sygn. akt KIO 1793/18 oraz kolejne pismo z dnia 25 września 2018 roku dotyczące wniosków dowodowych złożonych przez odwołującego przekazał drogą elektroniczną w tym dniu.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 28 września 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania : (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. - sygn. akt: KIO 1793/18) i C. A. z siedzibą w T. ((...)) - sygn. akt: KIO 1820/18 (pkt 1 wyroku); obciążyła wykonawców kosztami postępowania, zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. i wykonawcę C. A. z siedzibą w T. ((...)), tytułem wpisów od odwołań oraz zasądzając od każdego z odwołujących na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w G. kwoty po 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 2 wyroku).

Z uwagi na okoliczność, iż skargę od powyższego orzeczenia złożył jedynie odwołujący E. Sąd Okręgowy w Gdańsku kontroli poddał wyrok jedynie w tym zakresie.

Podstawę rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie odwołania (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. stanowiły następujące ustalenia i rozważania.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest „budowa morskiego systemu łączności w niebezpieczeństwie zgodnego z wytycznymi Międzynarodowej Konwencji o Bezpieczeństwie (...) na M.. Celem budowy morskiego systemu łączności w niebezpieczeństwie (...) jest zapewnienie bezpieczeństwa żeglugi oraz ochrona życia na morzu. Zasadniczym celem budowy Systemu Łączności w Niebezpieczeństwie, (...) jest stworzenie niezawodnego i nowoczesnego systemu łączności radiotelefonicznej zapewniającego pokrycie obszaru odpowiedzialności za poszukiwanie i ratownictwo oraz

polskiej wyłącznej strefy ekonomicznej (...). (...) musi być oparty o normy i przepisy wynikające ze standardów pracy systemów części lądowych systemu (...). Istotą projektu jest utworzenie systemu radiotelekomunikacyjnego w oparciu o wybudowane stację brzegowe systemu pracujące w paśmie fal (...) oraz paśmie MF umożliwiającego odbiór wezwań łączności w niebezpieczeństwie zgodnego z przyjętymi normami, standardami i wytycznymi przyjętymi dla części lądowej systemu (...) (rozdział III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, punkt 1).

Dalej wskazała, że w dniu 4 września 2018 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej – wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w G. oraz o wykluczeniu wykonawcy C. A. i odrzuceniu jego oferty.

Izba rozpoznała odwołanie – zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – w granicach zarzutów w nim podniesionych.

Odwołanie wykonawcy (...) Spółki Akcyjnej w W., zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, podlegało oddaleniu.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Przede wszystkim rozpoznając odwołanie podkreśliła, że zamawiający nie przewidział w SIWZ konieczności uwzględnienia w cenie oferty kosztów związanych z koniecznością pozyskania od odwołującego - wykonawcy (...) S.A. - rezerwacji częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności zbudowanego systemu z dniem 31 grudnia 2019 roku. W formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, brak takiej pozycji. Tym samym, trudno zarzucać wykonawcy brak wyceny kosztów pozyskania częstotliwości radiowych od odwołującego. Odwołujący nie skarżył postanowień SIWZ w tym zakresie, co mógł uczynić na wcześniejszym etapie. Powyższe przesądza o tym, że

zarzut, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny czy też, że zawiera rażąco niską cenę jest bezzasadny. Bezzasadne są też twierdzenia, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Izba wskazała, że wbrew twierdzeniom odwołującego, do prawidłowej realizacji zadania nie jest konieczne pozyskanie od odwołującego rezerwacji częstotliwości radiowych. W postanowieniach Programu F.-Użytkowego zamawiający nie przewidział konieczności występowania do odwołującego o wyrażenie zgody na korzystanie z zarezerwowanych przez niego częstotliwości. Dla realizacji zamówienia będzie za to konieczne uzyskanie pozwoleń radiowych w ramach projektowanych stacji nadbrzeżnych.

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

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

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

Ponadto, Izba uznała za przekonującą argumentację zamawiającego co do braku możliwości wyłącznej rezerwacji kanału ogólnego (...) 16 i kanału D. (...) obsługujących częstotliwości ratownicze.

Z uwagi na powyższe Izba uznała za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu argumentację i dowód złożony przez odwołującego I w zakresie odnoszącym się do wyceny kosztów związanych z rezerwacją częstotliwości radiowych przysługujących odwołującemu I.

W konsekwencji, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

#### Ad. zarzutu nr 2:

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

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

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

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

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

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

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

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

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

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

Co do kwestii kosztów adaptacji istniejących lokalizacji do pełnienia funkcji stacji brzegowych (pozycja 2 formularza cenowego) oraz kosztów adaptacji Ośrodka (...) i Ś. (odpowiednio pozycje 3.1. i 3.2. formularza cenowego), Izba uznała za przekonujące twierdzenia przystępującego (...), zawarte w piśmie procesowym z dnia 24.09.2018 r., iż w ramach pozycji formularza cenowego odnoszących się do adaptacji wykonawca ten wycenił koszty związane stricte z pracami adaptacyjnymi (budowlanymi), natomiast koszty związane z dostawami urządzeń i ich montażem zawarł w odrębnych pozycjach formularza cenowego, odnoszących się do dostawy

#### Ad. zarzutu nr 3:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, iż (...) S.A. wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, tj. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) S.A. z postępowania, mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, a w następstwie naruszenie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;

oraz podnoszony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy (...) S.A. do uzupełnienia wykazu robót; a także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie w ten sposób zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Izba uznała za bezzasadny.

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

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

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

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

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

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów

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

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

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

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

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

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

Przede wszystkim, Izba zauważyła, że odwołujący nie wykazał swoich twierdzeń, iż przedstawiony przez wykonawcę (...) wykaz robót nie potwierdza posiadania przez tego wykonawcę wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania usługi polegającej na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł brutto. Stwierdzić bowiem należy, iż sama klasyfikacja i podział na usługi oraz na roboty budowlane nie jest przesądzająca, ponieważ w ramach robót budowlanych mogą zawierać się też elementy usług. Liczy się faktyczny zakres realizowanego zamówienia. Dlatego też argumentacja, iż złożony przez wykonawcę wykaz jest wykazem dwóch robót budowlanych i nie dotyczy realizacji usług jest niewystarczająca dla wykazania zasadności zarzutu w tym zakresie. Izba uznała za przekonującą argumentację przystępującego (...), że w ramach referencyjnych zamówień wykonano również systemy radiokomunikacyjne, pomimo, że były to postępowania ogłoszone na roboty budowlane.

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

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

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przedstawioną przez przystępującego (...), iż to, że w programach funkcjonalno-użytkowych nie zostało wyszczególnione, że w ramach zamówienia należy dostarczyć konsolę dyspozytorską z radiotelefonami, nie przesądza o tym, że taki zakres nie został przez wykonawcę wykonany. Z poszczególnych postanowień programów funkcjonalno-użytkowych referencyjnych projektów (przywołanych przez przystępującego (...) w piśmie procesowym z dnia 24 września 2018 r.) wynika, że ośrodki radiokomunikacyjne

Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej miały być wyposażone w urządzenia łączności radiowej, a to oznacza, dostarczenie stanowiska do obsługi tych urządzeń, wyposażonego w dedykowane oprogramowanie, co jak stwierdził przystępujący (...), odpowiada dostawie i uruchomieniu konsoli dyspozytorskiej.

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

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

#### Ad. zarzutu nr 4:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z postępowania (...) S.A. w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, choć wykonawca ten wymaganych warunków nie spełnił; ewentualny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie/i art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) S.A., pomimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnośnie osób wskazanych w wykazie osób na niektóre stanowiska, względnie, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w odniesieniu do następujących stanowisk: Specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych, Kierownika Projektu i Specjalisty ds. budowlanych;

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

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

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

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

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

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

poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

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

- 1 (jedną) osobę pełniącą funkcję kierownika projektu, posiadającą wykształcenie wyższe, doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu i kierowaniu projektami budowy sieci lub systemów teleinformatycznych na co najmniej 2 (dwóch) projektach (zrealizowanych lub realizowanych) o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych 00/100) każdy;

- 1 (jedną) osobę pełniącą funkcję specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych, posiadającą wykształcenie wyższe, doświadczenie zawodowe w budowie systemów radiotelekomunikacyjnych dla co najmniej 2 (dwóch) projektów (zrealizowanego lub realizowanego) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100) każdy,

- 1 (jedną) osobę pełniącą funkcję specjalisty ds. budowlanych, posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, oraz minimum 2 letniego udokumentowanego doświadczenia zawodowego przy realizacji 2 (dwóch) projektów o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych 00/100) każdy.

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

Izba wskazała, że pomimo faktycznego braku wyspecyfikowania opisu czynności wykonywanych przez osoby kierowane do realizacji zamówienia, opis doświadczenia posiadanego przez te osoby (zawarty w ostatniej kolumnie wykazu osób) referuje do warunku udziału w postępowaniu opisanego przez zamawiającego i potwierdza jego spełnianie, albowiem jest zgodny z brzmieniem warunku i potwierdza również, że doświadczenie przez daną osobę zostało nabyte przy realizacji wskazanych (referencyjnych) projektów. Tym samym, zbędne byłoby nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy (...) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazywanych osób w zakresie opisu ich doświadczenia zawodowego.

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

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

Co do kwestii, iż osoba wymieniona w pozycji 2 wykazu osób, tj. osoba pełniąca funkcję specjalisty ds. systemów radiokomunikacyjnych nie posiada kierunkowego wykształcenia w zakresie telekomunikacji należy wskazać, że

zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu osoba ta powinna posiadać wykształcenie wyższe, przy czym warunek nie precyzuje kierunku wykształcenia, jakim ma legitymować się ta osoba.

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

Podnieść należy, że w ocenie I., dowody w postaci wydruków ze stron internetowych portali społecznościowych są całkowicie niemiernodajne i niewiarygodne i w żaden sposób nie mogą stanowić podstawy do udowodnienia okoliczności wskazywanych przez odwołującego. Informacje zawarte na portalach społecznościowych nie są bowiem w żaden sposób weryfikowane. Osoba zakładająca swój profil może zamieszczać na nim dowolne informacje, nawet nieprawdziwe. Nadto, informacje te mogą być też zmodyfikowane w każdej chwili, czy nawet zlikwidowane. Wydruki ze stron portali społecznościowych mogą co najwyżej wskazywać na pewne wątpliwości co do rzetelności informacji przedstawianych w ramach postępowania, ale nie mogą stanowić wyłącznego dowodu, składanego w celu potwierdzenia prawdziwości czy też zaprzeczenia prawdziwości tych informacji. W konsekwencji, Izba uznała powyższe twierdzenia za nieudowodnione.

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

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

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

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

Ad. zarzutu nr 1:

Izba uznała zarzut za bezzasadny i wskazała, że uzasadnienie jest tożsame, jak w przypadku analogicznego zarzutu nr 1 dotyczącego oferty złożonej przez wykonawcę (...) S.A.

#### Ad. zarzutu nr 2:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. S.K., pomimo, że podmiot ten sprzecznie z poczynioną deklaracją nie ma możliwości wykonania całości przedmiotu zamówienia w systemie zapewnienia jakości określonym normą ISO (...), a więc oferta jest sprzeczna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

oraz zarzut ewentualny - podnoszony z ostrożności - zarzut naruszenia art. 91 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie temu wykonawcy punktów w kryterium związanym z ISO, co mogło wpłynąć na pozycję tego wykonawcy w rankingu ofert Izba uznała za bezzasadny.

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

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

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

Wykonawca (...) zadeklarował w swojej ofercie: TAK w kryterium „System zapewnienia jakości ISO (...)”. Jednocześnie w informacji zawartej w ofercie o poleganiu na zasobach innych podmiotów wykonawca ten wskazał, że będzie polegał na zasobach innych podmiotów - firmy (...) S.A. (realizującej prace budowlane) m.in. w zakresie systemu zarządzania ISO (...).

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

W konsekwencji, Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny.

#### Ad. zarzutu nr 3:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Ad. zarzutu nr 4:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o.o. S.K. pomimo, że pracownicy tego podmiotu brali uprzednio udział, jako inżynier kontraktu w projekcie budowy na rzecz zamawiającego systemu (...), a tym samym mieli istotny udział w czynnościach, które doprowadziły do przygotowania niniejszego postępowania;

oraz podnoszony z ostrożności zarzut naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury sanacyjnej i zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy (...) Sp. z o.o. S.K. Izba uznała za bezzasadny.

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

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

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

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

Zgodnie z art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

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

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

#### Ad. zarzutu nr 5:

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

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

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

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

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

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

W formularzu ofertowym wykonawca (...) podał, że podwykonawcy E. s.r.o. zamierza powierzyć: „budowę systemu radiokomunikacyjnego”.

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

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

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

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

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

Wskazać należy, że w ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 6.07.2018 r. (odpowiedź na pytanie nr 134) zamawiający dokonał interpretacji/wykładni pojęcia usług w zakresie integracji (budowy) systemu radiotelekomunikacyjnego zastrzeżonych do osobistego wykonania i wskazał, które to prace w szczególności składają się na definicję integracji (budowy), przy czym użycie sformułowania „w szczególności” sugeruje, że jest to katalog otwarty.

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

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

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

**Odnosnie części III zarzutów**

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

W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku – oddalając min odwołanie (...) Spółki Akcyjnej w W..

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

Skargę na przedmiotowe orzeczenie złożył (...) Spółka Akcyjna w W., w zakresie, w jakim Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła jego odwołanie oraz obciążyła kosztami postępowania.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

**1) W zakresie oddalenia zarzutów dotyczących oferty (...)**

a) naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy, tj.

a) naruszenie art. 190 ust. 7 PZP poprzez błędną i sprzeczną z zasadami logiki ocenę materiału dowodowego, przejawiającą się w przyjęciu, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej kierownika projektu, określony przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit c) B SIWZ jako „posiadanie wykształcenia wyższego, doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu i kierowaniu projektami budowy sieci lub systemów teleinformatycznych został spełniony przez (...) S.A., w sytuacji, gdy z dokumentu oferty (...) S.A. (załącznik nr 7 do SIWZ - Wykaz Osób) wynika wprost, że doświadczenie kierownika projektu obejmuje budowę systemów i ośrodków radiokomunikacyjnych oraz budowę środków radiokomunikacyjnych, a doświadczenie to nie jest tożsame z tym wskazanym w SIWZ, czego konsekwencją było niezastosowanie art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP i zaniechanie wykluczenia z postępowania (...) S.A., jako wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu wykonania zamówienia;

b) naruszenie art. 190 ust. 7 PZP poprzez błędną i sprzeczną z zasadami logiki ocenę materiału dowodowego, przejawiającą się w przyjęciu, że określony w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit c) A SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto został spełniony przez (...) S.A., w sytuacji, gdy (...) S.A. przedłożyło dokumenty potwierdzające jedynie wykonanie tego rodzaju usługi bez wykazania wartości takich usług, czego konsekwencją było niezastosowanie art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP i zaniechanie wykluczenia z postępowania (...) S.A., jako wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ewentualnie niezastosowanie art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania (...) S.A. do uzupełnienia wykazu robót.

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z postępowania (...) S.A. w zakresie wykazania spełnienia przez ten podmiot warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia choć wykonawca ten wymaganych warunków nie spełnił,

ewentualnie

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 PZP, przez błędne uznanie, że pomimo braku wykazania w ofercie złożonej przez (...) S.A. (w załączniku nr 7 do SIWZ - Wykazie Osób)

posiadania przez kierownika projektu doświadczenia z zakresu budowy sieci lub systemów teleinformatycznych, (...) S.A. wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego spełnienia przez kierownika projektu wymogów przewidzianych w SIWZ,

ewentualnie

- naruszenie art. 26 ust. 3 PZP poprzez uznanie, że Zamawiający nie miał obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów wobec (...) S.A. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika projektu;

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

ewentualnie

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

c) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A., pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny wynikające z braku uwzględnienia przez (...) S.A. konieczności pozyskania od (...) S.A. prawo do używania częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności zbudowanego systemu z dniem 31 grudnia 2019 roku

ewentualnie

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

### **W zakresie zarzutów dotyczących oferty C.**

1) naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy, tj.

art. 192 ust. 2 PZP poprzez błędne uznanie, że uwzględnienie zarzutu (...) S.A. dotyczącego braku spełnienia wymogów SIWZ przez (...) sp. z o.o. sp.k. (w związku z powierzeniem przez (...) sp. z o.o. sp.k. całości prac związanych z systemem radiokomunikacyjnym innej spółce), który to zarzut został uznany przez (...) za zasadny, nie miałoby wpływu na wynik postępowania, w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia tego zarzutu byłoby odrzucenie oferty (...) sp. z o.o. sp.k., co w sposób oczywisty mogłoby mieć wpływ na wynik sprawy w sytuacji, gdyby Zamawiający nie zawarł umowy o udzielenie zamówienia z (...) S.A. lub gdyby oferta (...) S.A. podlegała odrzuceniu wskutek uznania skargi E., a w rezultacie nastąpiła przesłanka o której mowa w art. 192 ust. 2 PZP, uzasadniająca uwzględnienie odwołania w części dotyczącej oferty C. sp. z o.o. sp.k.;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. sp.k., pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny wynikające z braku uwzględnienia przez (...) sp. z o.o. sp.k. konieczności pozyskania od E. prawo do używania częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności zbudowanego systemu z dniem 31 grudnia 2019 roku,

ewentualnie

naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie naruszenie w tym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. sp.k., pomimo, iż cena tej oferty opiewa na kwotę poniżej kosztu wytworzenia dostaw, robót lub usług będących przedmiotem zamówienia, a zatem jest rażąco niska i nie gwarantuje możliwości należytego wykonania zamówienia.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez E. i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie tych czynności;
- ponowne dokonanie badania i oceny ofert;
- wykluczenie z postępowania lub odrzucenie ofert wykonawców (...) S.A. oraz C. sp. zo.o., sp.k.;

Ponadto wniósł o zasądzenie od Skarbu Państwa - (...) w G. na jego rzecz kosztów postępowania sądowego oraz przed (...), w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę jej przeciwnik wniósł o jej oddalenie, jako bezzasadnej.

O oddalenie skargi wniósł także uczestnik postępowania (...) S.A. jednocześnie domagając się zasądzenia od skarżącego na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty od pełnomocnictwa. Jednocześnie złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka D. K. na okoliczność zakresu (...) S.A.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Skarga podlega oddaleniu.

Odnosnie zarzutów kierowanych wobec oferty (...), co do zasady, mimo przywołania przez skarżącego szeregu przepisów prawa procesowego i materialnego, którego w jego ocenie dopuściła się Krajowa Izba Odwoławcza sprowadzały się one do trzech kwestii. Po pierwsze skarżący kwestionował ustalenia I. dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu tego uczestnika dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej kierownika projektu, po wtóre nie zgadzał się z oceną I. w zakresie spełnienia przez (...) warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto. Wreszcie skarżący wskazywał na błędy w obliczeniu ceny, a w szczególności brak uwzględnienia w jej wysokości kosztów związanych z koniecznością pozyskania od skarżącego prawa do używania częstotliwości radiowych celem zachowania operacyjności systemu oraz okoliczność, że cena ta opiewa na kwotę poniżej kosztu wytworzenia dostaw, robót, usług i jest rażąco niska.

Sąd Okręgowy pominął, przy tym, na mocy art. 381 k.p.c. dowody złożone przez skarżącego w postaci wydruków ze stron internetowych dotyczących ogłoszeń o przetargach organizowanych przez (...). Dokumenty te spółka (...) złożyła dzień przed terminem rozprawy, wszystkie zaś przedstawiono na okoliczności związane z podnoszonym zarzutem nie spełnienia przez (...) S.A. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonaniu usługi oraz warunku udziału w postępowaniu tego uczestnika dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej osoby dedykowanej na stanowisko kierownika projektu. Uczestnicy postępowania nie podnieśli, przy tym, w pismach procesowych złożonych w postępowaniu przed Sądem Okręgowym nowych twierdzeń.

Zdaniem Sądu Okręgowego, wnioski dowodowe były, zatem spóźnione, a ich przeprowadzenie, biorąc pod uwagę konieczność zapoznania się z dowodami przez przeciwnika skargi i przystępujących, spowodowałoby zwłokę w rozpoznaniu sprawy. Sąd miał, przy tym na względzie także okoliczność, iż termin rozprawy był znany pełnomocnikowi skarżącego w dniu 27 listopada 2018 r., a zatem złożenie stosownego wniosku dowodowego, było możliwe znacznie wcześniej. Wskazać, przy tym należy, że w wyznaczonym terminie nastąpiło zamknięcie rozprawy.

Sąd dopuścił natomiast i przeprowadził dowód z zeznań świadka D. K.. Również ten dowód przystępujący mógł powołać w postępowaniu przed (...) jego przeprowadzenie nie spowodowało jednak w zwłoki w rozpoznaniu sprawy. Zeznaniami świadka Sąd Okręgowy dał wiarę w całości. Jego relacja była spójna, logiczna a przeciwnik skargi nie przedstawił dowodów, które mogłyby podważyć wiarygodność składanych zeznań. Świadek wyjaśnił, że ramach jego doświadczenia zawodowego w wykazie osób wskazano dwa projekty: pierwszy dotyczący dostawy, instalacji i uruchomienia systemu urządzeń łączności radiowej na potrzeby kontroli ruchu lotniczego w 10 lokalizacjach i drugi dotyczący budowy ośrodków radiokomunikacyjnych w L. i W.. Oba projekty realizowane były na rzecz Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej i oba nadzorował świadek. Pierwsze zamówienie realizowane było w dwóch częściach, przy czym jedynie drugą (polegającą właśnie na dostawie, instalacji i uruchomieniu systemu urządzeń łączności radiowej realizowało W.) druga firma odpowiadała za dostawę systemów antenowych i ich podłączenie. W ramach swojej części umowy W. konfigurowało sprzęt radiokomunikacyjny i zapewniało połączenie go w sieć umożliwiającą odbiór sygnałów antenowych. Odnośnie drugiego projektu świadek zeznał, że prace polegały na budowie wież lotniczych a następnie wyposażeniu ich w urządzenia radiokomunikacyjne i podłączeniu do istniejących sieci telekomunikacyjnych (...). W ocenie Sądu zeznania te w sposób wyczerpujący potwierdziły doświadczenie zawodowe świadka wymagane SIWZ. Wbrew, przy tym oczekiwaniom skarżącego świadek, nie zeznał, że w W. podłączenie nastąpiło z całą pewnością do światłowodu, a jedynie podał: „to chyba był światłowód” a w dalszej części swoich zeznań stanowczo potwierdził, że w ramach umowy spółka (...) podłączała instalacje radiokomunikacyjne do istniejących łączy telekomunikacyjnych. Świadek zeznał również, że współczesne systemy radiokomunikacyjne są systemami teleinformatycznymi. Dodatkowo zeznania D. K. potwierdziły wysokość wartości usług świadczonych przez W. a wskazanych wykazem robót. Świadek nie nadzorował bezpośrednio wszystkich tych prac, ale jak zeznał każdorazowo zespół, którym kieruje przygotowuje wyceny projektów, stad też posiadał wiedzę na ten temat.

W ocenie skarżącego oddalając odwołanie Izba w szczególności naruszyła przepis art. 190 ust. 7 pzp poprzez błędną i sprzeczną z zasadami logiki ocenę materiału dowodowego. Przyjęcie że warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej osoby dedykowanej na stanowisko kierownika projektu, został spełniony było nieuprawnione - zapisy SIWZ wymagały doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu i kierowaniu projektami budowy sieci lub systemów teleinformatycznych, natomiast z wykazu osób wynikało, że D. K. posiada doświadczenie zawodowe obejmujące budowę systemów i ośrodków radiokomunikacyjnych oraz budowę ośrodków radiokomunikacyjnych. Oczywiście, przy tym w ocenie skarżącego była okoliczność, że doświadczenie to nie jest tożsame z tym wskazanym w SIWZ. Podobnie za błędne i dokonane z obrazą przepisu art. 190 ust. 7 pzp skarżący uważał przyjęcie przez Izbę za spełniony warunku dotyczącego doświadczenia oferenta w wykonaniu usługi polegającej na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto. Skarżący wskazywał, że (...) S.A przedłożyło dokumenty potwierdzające jedynie wykonanie tego rodzaju usługi bez wykazania wartości takich usług.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzuty powyższe nie zasługiwały na uwzględnienie. Zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażoną w powyższym przepisie Krajowa Izba Odwoławcza ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie „wszechstronnego rozważenia zebranego materiału”, a zatem, jak podkreśla się w orzecznictwie na tle analogicznej regulacji zawartej w art. 233 § 1 k.p.c., z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności [vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1966 roku, II CR 423/66, OSNPG 1967/5-6/21; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1999 roku, I PKN 632/98, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 382; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z 11 lipca 2002 roku, IV CKN 1218/00, Lex, nr 80266; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18

lipca 2002 roku, IV CKN 1256/00, Lex, nr 80267]. Przyjmuje się jednocześnie, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być określone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd( tutaj Izba) w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Jeżeli z określonego materiału dowodowego wyprowadzone są wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena ta nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Dla skuteczności zarzutu naruszenia wyżej wymienionego przepisu nie wystarcza, zatem stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie organu rozstrzygającego w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny zostały naruszone przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając. Zwalczenie swobodnej oceny dowodów nie może więc polegać tylko na przedstawieniu własnej, korzystnej dla skarżącego wersji konieczne jest – za pomocą wyłącznie argumentów jurydycznych - wykazanie, że wskazane w kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wynik sprawy.

W okolicznościach niniejszej sprawy Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie naruszyła przepisu art 190 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, albowiem poddała zgromadzone dowody trafnej ocenie mieszczącej w ramach wyznaczonych przez ten przepis. Należy zwrócić uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza oparła swoje ustalenia faktyczne wyłącznie na dowodach z dokumentów wytworzonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub przedłożonych przez uczestników postępowania. Skarżący nie kwestionował, przy tym ich prawdziwości i autentyczności a jedynie z dokumentów tych wywodził inne, niż Izba wnioski. Zarzut wnoszącego skargę sprowadzał się do stwierdzenia, że warunek wymagany przez SIWZ dla osoby dedykowanej na stanowisko kierownika projektu zakładał doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu i kierowaniu projektami budowy sieci lub systemów teleinformatycznych a doświadczenie tej osoby wskazanej w wykazie osób przez (...) dotyczyło systemów radiokomunikacyjnych i budowy ośrodków radiokomunikacyjnych, które nie stanowią sieci ani systemów teleinformatycznych. Warto, przy tym wskazać, że w odwołaniu skarżący zarzut ten formułował błędnie wskazując, że w wykazie powoływano się na doświadczenie przy realizacji budowy sieci lub systemów radiodifuzyjnych (co oczywiście nie miało miejsca i co przyznał sam skarżący) Przywołując sprzeczność warunków SIWZ i wykazu osób w omawianym zakresie skarżący ograniczył się do przywołania ustawowej definicji systemu telekomunikacyjnego, bez wskazania czym (w jego ocenie) system ten różni się ( o ile w ogóle) od systemu radiokomunikacyjnego. Powyższe nie mogło odnieść oczekiwanego skutku. Za przeciwnikiem skargi podkreślić, bowiem należy, iż skarżący stawiając zarzut nieprawidłowej oceny oferty przez zamawiającego w omawianym zakresie było obowiązany do udowodnienia swoich twierdzeń. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy pzp wskazać wymaga, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 kc ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne – a właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Postępowanie odwoławcze przed (...) jest postępowaniem odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy uczestnikami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje, nie zgadza się z podjętymi czynnościami, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na nim ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Powyższe w odniesieniu do przywoływanego zarzutu nie miało miejsca.

Co więcej zeznania świadka D. K. potwierdziły, że posiada on wymagane kwalifikacje. Zarówno nadzór nad dostawą, instalacją, a przede wszystkim uruchomieniem urządzeń łączności radiowej ( połączonych w system) na potrzeby ruchu lotniczego w 10 lokalizacjach w okresie maj - listopad 2015 r. jak i nadzór nad budową ośrodków radiokomunikacyjnych OR L. i W. (oba projekty wykonywane dla Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej) dotyczyły

budowy systemów radiokomunikacyjnych. Sąd Okręgowy podzielił, przy tym opinię świadka, że współczesne systemy radiokomunikacyjne są systemami teleinformatycznymi, chociażby przez sam fakt podłączenia ich i działania spójnie z sieciami telekomunikacyjnymi. O ile, przy tym, zdaniem skarżącego pojęcia te nie pokrywały się winien on zaferować na powyższą okoliczność dowód z opinii biegłego sądowego, a nie jedynie przytaczać własne rozumienie owych pojęć.

Warto wskazać, że argumentację dotyczącą braku wykazania przez skarżącego nieprawidłowości oceny oferty (...) przez zamawiającego należało powielić odnośnie drugiego z zarzutów dotyczących obrazu przepisu art. 190 ust 7 pzp tj. nie wykazania przez (...) S.A. spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu przez wybranego oferenta usługi polegającej na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto. Skarżący nie przywołał, bowiem, żadnych dowodów z treści, których mogłoby wynikać, że złożony przez (...) S.A. wykaz wykonanych usług nie spełnia wymogów SIWZ. Za dowód taki, w żadnym razie nie mogły być uznane wydruki z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez (...) skoro na ich podstawie nie sposób ustalić procentowego udziału spornej usługi. Podkreślenia, przy tym, wymaga, że, jeżeli chodzi o sposób wykazywania wartości wykonywanego zamówienia to zgodnie z rozporządzeniem Ministra (...) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać od wykonawcy zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wykazu wykonanych zamówień oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie. (...) S.A. złożył przedmiotowe dokumenty a w wykazie wyraźnie wskazał, że zamówienie polegało na budowie systemu radiokomunikacyjnego o wartości ponad 1 mln brutto a wykonane roboty budowlane polegały na budowie obiektów telekomunikacyjnych (podano przy tym także wartość całych zrealizowanych kontraktów) Okoliczność wymaganej wartości powyżej miliona złotych brutto potwierdził także przesłuchany świadek.

Abstrahując od powyższego zważyć należy, że w postępowaniu przed Krajową Izbą odwoławczą skarżący przywoływał, iż przedłożony wykaz robót nie potwierdza wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w zakresie wykonanych usług i robót budowlanych, ponieważ jest wykazem dwóch robót budowlanych a nie wykazem usług (czego wymagało SIWZ). Nadto podawał, że analiza programów funkcjonalno — użytkowych powołanych przez wykonawcę (...) S.A. postępowań - na wykazanie się doświadczeniem - nie dostarcza informacji jakoby w ramach tych postępowań wykonawca ten oferował rozwiązanie w postaci konsoli dyspozytorskiej sterującej minimum 3 (trzema) zestawami radiotelefonów. Brak w tej dokumentacji jakiegokolwiek informacji, w jaki sposób dochodzi do sterowania oferowanymi radiotelefonami, a także brak też jakichkolwiek informacji by oferowane rozwiązanie sterowało radiotelefonami bądź informacji, w jaki sposób sterowanie to miałyby następować. W ocenie spółki (...) wykaz robót złożony przez (...) S.A. nie potwierdzał, zatem, w ogóle realizacji usługi (o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto) oraz nie potwierdzał, aby wykonawca ten zbudował system składający się z konsol, które umożliwiają sterowanie radiotelefonami znajdującymi się geograficznie w różnych lokalizacjach, co oznacza konieczność wykluczenia wykonawcy ze względu na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W skardze zakres zarzutów skarżący w sposób niedopuszczalny rozszerzył - przyznał, bowiem, że w ramach robót budowlanych mogą zawierać się także elementy usług i wskazał, że nie jest znana ich wartość. Owa wartość, z uwagi na treść odwołania nie było przedmiotem badania przez (...), a zatem, co do zasady, nie podlegała także ocenie przez Sąd Okręgowy.

Oczywistą konsekwencją przyjęcia, że Izba dokonała prawidłowych ustaleń faktycznych a z zaferowanych dowodów wyciągnęła, logiczne uzasadnione wnioski było przyjęcie przez Sąd rozpoznający skargę, iż w zakresie kwestii związanych ze spełnieniem omówionych powyżej warunków udziału w postępowaniu przez (...) S.A. nie doszło także do naruszeń przywołanych przepisów prawa materialnego. W świetle prawidłowo poczynionych przez (...) ustaleń brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy (...) S.A., jak również podstaw do wzywania go do uzupełnienia dokumentacji w trybie art. 26 ust 3 pzp.

Za nieuzasadnione Sąd Okręgowy uznał także zarzuty skarżącego dotyczące błędów w obliczeniu ceny wynikające z braku uwzględnienia konieczności pozyskania od (...) S.A. prawa do używania częstotliwości radiowych oraz tego, że oferta (...) S.A. ( z powodu nie ujęcia tychże kosztów) opiewa na kwotę poniżej kosztu wytworzenia dostaw, robót lub usług będących przedmiotem zamówienia a zatem jest ceną rażąco niską i nie gwarantuje możliwości należytego

wykonania zamówienia. Zarzuty te skarżący opierał na założeniu, że (...) S.A. zobowiązany był, do tego aby w cenie oferty uwzględnić koszty pozyskania rezerwacji częstotliwości bądź też koszty .

W pierwszej kolejności za Krajową Izbą odwoławczą przywołać należy, że konieczność pozyskania częstotliwości, a zatem również poniesienia kosztów z tym związanych nie wynika z dokumentacji przetargowej. Zamawiający nie przewidział w SIWZ konieczności uwzględnienia w cenie oferty takich kosztów - w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, brak takiej pozycji. Specyfikacja nie potwierdza także konieczności rezerwacji częstotliwości a jedynie nakłada obowiązek uzyskania pozwoleń radiowych dla wszystkich stacji brzegowych. Konieczność wystąpienia do dysponenta częstotliwości o wyrażenie zgody nie została także przewidziana w Programie F. – Użytkowym. Co więcej Zamawiający wprost w odpowiedzi na odwołanie potwierdził, że żaden z wykonawców nie był zobowiązany do rezerwacji częstotliwości. Tym samym, istotnie, nie sposób zarzucać wykonawcy braku wyceny kosztów pozyskania częstotliwości radiowych od skarżącego. Oferta nie zawiera, zatem, błędów w obliczeniu ceny i tym samym nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Wskazać również należy, iż decyzję w przedmiocie wydania pozwolenia radiowego (wymaganego zgodnie ze specyfikacją zamówienia dla wszystkich stacji brzegowych) podejmować będzie organ administracyjny w osobie Prezesa Urzędu (...) Elektronicznej i od decyzji tej ( tylko o ile byłaby odmowna) odwołanie przysługiwać będzie jedynie ubiegającemu się o uzyskanie pozwolenia radiowego. Rozstrzygnięcie, czy wydanie owych pozwoleń mimo uzyskanych przez (...) S.A. decyzji o rezerwacji określonych częstotliwości, leży zatem poza kompetencjami Sądu rozpoznającego skargę.

Marginalnie jedynie Sąd Okręgowy wskazuje, że uzyskane przez (...) S.A. decyzje rezerwacji częstotliwości wskazują (pkt II), że wymienione częstotliwości wykorzystywane będą w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej morskiej przez dziewięć stacji nabrzeżnych w relacji łączności brzeg – statek oraz, że warunki wykorzystania częstotliwości określone zostały w załączniku nr 1.( pkt V) Załącznik ten podaje, przy tym, nie tylko obszar rezerwacji( tj. konkretne gminy), ale też geograficzne lokalizacje stacji. Lokalizacje te zbieżne są z lokalizacjami stacji określonych w poszczególnych pozwoleniach radiowych wydanych na rzecz skarżącego. Powyższe wydaje się potwierdzać tezę przeciwnika skargi i przystępującego o tym, że rezerwacja częstotliwości dotyczy jedynie lokalizacji wskazanych stacji brzegowych i brak jest przeszkód do uzyskania pozwoleń dla tych samych zakresów częstotliwości ( i na tym samym obszarze), ale obejmujących inną lokalizację stacji. Takie również wnioski wyprowadzić należy, z przesłanej drogą elektroniczną odpowiedzi na pytanie zamawiającego udzielonej przez Dyrektora Departamentu Częstotliwości (...). W piśmie tym wskazano, że rezerwacje częstotliwości dokonane przez E. obejmują wyłącznie obszar i lokalizację stacji, które zostały określone w załączniku nr 1 do decyzji( łącznie 9 stacji radiowych).

Warto, przy tym wskazać, że Sąd Okręgowy powyższy dowód podobnie jak Izba uznał za wiarygodny. Brak, bowiem, jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oficjalna korespondencja mailowa została wytworzona jedynie na potrzeby niniejszego sporu, a w każdym razie skarżący tego nie dowiódł.

Z tych też przyczyn, zdaniem rozpoznającego skargę, na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A., z uwagi na błąd w obliczeniu ceny ani też zarzut ewentualny naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (względnie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A., z uwagi na to, że jej cena opiewa na kwotę poniżej kosztu wytworzenia dostaw, robót lub usług będących przedmiotem zamówienia a zatem jest rażąco niska i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Sądu Okręgowego nieuprawnione były również zarzuty skarżącego kierowane w związku z ofertą (...) Sp. z o.o. Sp. Komandytowej.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP bądź też ewentualnego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (względnie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP)

to zarzut ten był identyczny z zarzutem stawianym wykonawcy (...) i z tych też przyczyn Sąd Okręgowy odstąpił od powielania przywołanej już w uzasadnieniu argumentacji odnośnie jego bezzasadności.

Zamierzonego rezultatu nie mógł także osiągnąć zarzut naruszenia przez Izbę art. 192 ust. 2 PZP poprzez błędne uznanie, że uwzględnienie zarzutu (...) S.A. dotyczącego braku spełnienia wymogów SIWZ przez (...) sp. z o.o. sp.k. (w związku z powierzeniem przez (...) sp. z o.o. sp.k. całości prac związanych z systemem radiokomunikacyjnym innej spółce), nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Zdaniem skarżącego skutkiem uwzględnienia tego zarzutu byłoby odrzucenie oferty (...) sp. z o.o. sp.k., a to co w sposób oczywisty mogłoby mieć wpływ na wynik sprawy w sytuacji, gdyby zamawiający nie zawarł umowy o udzielenie zamówienia z (...) S.A. lub gdyby oferta (...) S.A. podlegała odrzuceniu wskutek uznania skargi E..

Poglądów skarżącego Sąd Okręgowy nie podzielił. Po pierwsze oferta wykonawcy (...) S.A. z uwagi na niezasadność zgłoszonych zarzutów pozostaje nadal ofertą najkorzystniejszą. Po wtóre zważyć należy, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w trybie tzw. procedury odwróconej określonej w art. 24 aa ustawy pzp. Zamawiający dokonywał, zatem w pierwszej kolejności oceny ofert a dopiero po uznaniu, że oferta (...) S.A. jest najkorzystniejsza ustalał czy wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oferta wykonawcy C. nie podlegała, zatem badaniu przez zamawiającego pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie, przy tym z ust. 2 przywołanego przepisu art. 24 aa jeżeli wykonawca, o którym mowa w ust. 1 (wykonawca z najkorzystniejszą ofertą), uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert. O ile, zatem (...) S.A. uchylili się od zawarcia umowy, oferta C. podlegałaby dalszej ocenie przez zamawiającego. Skoro, zatem, co do zasady Izba nie była uprawniona do badania zgłoszonego zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu (bo nie było to przedmiotem badania przez zamawiającego) to słusznie przyjęła, iż merytoryczna zasadność tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Przedmiotowe postępowanie dotyczyło, bowiem jedynie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak jest podstaw do jego zmiany. Dlatego też, na podstawie art. 198 f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skarga, jako bezzasadna podlegała oddaleniu.

O kosztach zastępstwa procesowego za postępowanie odwoławcze rozstrzygając na podstawie art. 198 f ust. 5 pzp w zw. z art. 108 § 1 kpc i art. 98 § 1 i § 3 kpc, art. 99 kpc w zw. z § 20 i § 8 ust.1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r., w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Odwołujący w toku postępowania przed Sądem Okręgowym był reprezentowany przez pełnomocnika w osobie radcy prawnego, który w odpowiedzi na skargę Zamawiającego, wnosząc o jej oddalenie domagał się też zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego. Przepis art. 198 a ust.2 pzp stanowi, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Z kolei art. 198 f ust.1 pkt 5 pzp stanowi, że strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku; określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Przepis ten powtarza, zatem na potrzeby postępowania skargowego, wynikającą z art. 98 § 1 kpc, dotyczącą zwrotu kosztów postępowania, zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Zgodnie z art. 98 § 1 kpc strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Do kosztów tych z mocy art. 98 § 3 kpc i art. 99 kpc zalicza się w sytuacji, gdy strona jest reprezentowana przez radcę prawnego, wynagrodzenie w wysokości należnej według przepisów o wynagrodzeniu adwokata [ tu radcy prawnego]. Wynagrodzenie radcy prawnego określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. „ w sprawie opłat za czynności radców prawnych", przy czym rozporządzenie nie określa stawki minimalnej w sprawach skarg od orzeczeń (...). Trudno również znaleźć w treści powołanego rozporządzenia, zgodnie z jego § 20 sprawę o najbardziej zbliżonym zastosowaniu. Wydaje się, zatem, że w tej kwestii odwołać się należy, po pierwsze do wysokości stawki pełnomocnika, jaką określono w samym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów

z dnia 15 marca 2010 r w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym (wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) i sposobu ich rozliczania a konkretnie § 3 ust 2 pkt b, który przewiduje wynagrodzenie nie wyższe niż kwota 3.600 zł, po wtóre zaś § 10 ust 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Kwota wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi winna, zatem wynieść 1.800 zł i zostać powiększona o koszt opłaty od pełnomocnictwa. Wydatkiem uzasadnionym jest przy tym jedynie kwota 17 zł- do obrony praw przystępującego wystarczające było, bowiem, ustanowienie jednego pełnomocnika.