

Sygn. akt: KIO 2342/12
KIO 2351/12

WYROK
z dnia 28 stycznia 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Jolanta Markowska
Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2013r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 26 października 2012r. przez wykonawcę **Indra Sistemas S.A., Avenida de Bruselas, 35, Alcobendas-28-Madryt, Hiszpania;**
- B. w dniu 26 października 2012r. przez wykonawcę **Cenrex Sp. z o.o., ul. Podwale 23, 00-952 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Intelcan Technosystems Inc, 69Auriga Dr, Ottawa ON CANADA K2E 7Z2** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2342/12 i KIO 2351/12 po stronie zamawiającego;

B. wykonawcy **Cenrex Sp. z o.o., ul. Podwale 23, 00-952 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2342/12 po stronie zamawiającego;

C. wykonawcy **Indra Sistemas S.A., Avenida de Bruselas, 35, Alcobendas-28-Madryt, Hiszpania** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2351/12 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołania i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert - zgodnie z ustaleniami zawartymi w uzasadnieniu do niniejszego wyroku;

2. kosztami postępowania obciąża:

- **Intelcan Technosystems Inc, 69Auriga Dr, Ottawa ON CANADA K2E 7Z2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2342/12 i sygn. akt: KIO 2351/12 po stronie zamawiającego oraz
- **Cenrex Sp. z o.o., ul. Podwale 23, 00-952 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2342/12 po stronie zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Indra Sistemas S.A., Avenida de Bruselas, 35, Alcobendas-28-Madryt, Hiszpania** i wykonawcę **Cenrex Sp. z o.o., ul. Podwale 23, 00-952 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

z odwołania sygn. akt: 2342/12

2.2.zasądza na rzecz:

2.2.1.**Indra Sistemas S.A., Avenida de Bruselas, 35, Alcobendas-28-Madryt, Hiszpania** kwotę 38 282 zł 44 gr (słownie: trzydzieści osiem tysięcy dwieście osiemdziesiąt dwa złote czterdzieści cztery grosze), w tym:

A. od Intelcan Technosystems inc, 69Auriga Dr, Ottawa ON CANADA K2E 7Z2

kwotę 19.141 zł 22 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto czterdzieści jeden złotych dwadzieścia dwa grosze grosze); oraz

B. od Cenrex Sp. z o.o., ul. Podwale 23, 00-952 Warszawa kwotę 19.141 zł 22 gr

(słownie: dziewiętnaście tysięcy sto czterdzieści jeden złotych dwadzieścia dwa grosze),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu i kosztów noclegu;

2.2.2. zamawiającego - Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147

Warszawa kwotę 3.600 zł, w tym:

A. od Intelcan Technosystems Inc, 69Auriga Dr, Ottawa ON CANADA K2E 7Z2

kwotę 1.800zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) oraz

B. od Cenrex Sp. z o.o., ul. Podwale 23, 00-952 Warszawa kwotę 1.800zł 00 gr

(słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

z odwołania sygn. akt: 2351/12

2.2 na rzecz Cenrex Sp. z o.o., ul. Podwale 23, 00-952 Warszawa od Intelcan

Technosystems Inc 69Auriga Dr, Ottawa ON CANADA K2E 7Z2 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu;

2.3 na rzecz Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa od

Intelcan Technosystems Inc, 69Auriga Dr, Ottawa ON CANADA K2E 7Z2 kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt. KIO 2342/12

KIO 2351/12

Uzasadnienie

Odwołania zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego – Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa i montaż radarów PSR/MSSR dla lokalizacji Warszawa i Kraków oraz wykonanie dokumentacji projektowej obiektów dla wyżej wymienionych lokalizacji”. Zdaniem wnoszącego odwołanie - wykonawcy Indra Sistemas S.A.- sygn. akt: KIO 2342/12 [dalej: wykonawca Indra] Zamawiający naruszył przepisy ustawy, albowiem jego zdaniem, oferta wykonawcy Intelcan Technosystems Inc. niezasadnie została uznana za najkorzystniejszą, gdyż wykonawca ten podlegał – w stanie faktycznym sprawy - wykluczeniu z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta - odrzuceniu. Również zdaniem wykonawcy Indra, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca Cenrex sp. z o.o., a jego oferta podlega odrzuceniu. Z kolei wykonawca Cenrex sp. o.o. - sygn. akt: KIO 2351/12 w odwołaniu – podobnie jak wykonawca Indra - stwierdził, że wykonawca Intelcan Technosystems Inc. podlega – w stanie faktycznym sprawy - wykluczeniu z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta – odrzuceniu.

Sygn. akt: KIO 2342/12

Odwołujący - Indra Sistemas S.A. [dalej: Odwołujący Indra lub wykonawca Indra] stwierdził, że:

- 1) Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty wykonawcy Intelcan Technosystems Inc. oraz wykonawcy Cenrex sp. o.o. na skutek porównania w kryterium „Budżet Zasięgu Radaru PSR” nieporównywalnych matematycznie danych;
- 2) oferta wykonawcy Intelcan Technosystems Inc oraz oferta wykonawcy Cenrex sp. z o.o. podlegają odrzuceniu, jako niespełniające treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferowane przez tych wykonawców systemy radarowe nie wypełniają warunków technicznych określonych w specyfikacji zamówienia;
- 3) wykonawca Intelcan Technosystems Inc oraz wykonawca Cenrex sp. z o.o. podlegają wykluczeniu, jako niespełniający warunku udziału w postępowaniu [„Wiedza i doświadczenie”], gdyż wykonawcy wskazani nie dostarczyli dokumentów potwierdzających wykonanie dostaw i uruchomienie radarów PSR (S-Band)

wypełniających oba wskazane przez Zamawiającego kryteria (dostarczenie i uruchomienie min 2 radarów PSR i 2 radarów MSSR z modemem S w tym: jeden kolokowany System radarów (PSR/MSSR z modemem S), pracujący na potrzeby kontroli zbliżania lotniska i 1 radar PSR (Band) pracujący z zasięgiem przynajmniej 80 NM i kanałem pogodowym pracującym w całym zasięgu radaru, czyli do 80 NM).

Wskazując na powyższe Odwołujący Indra zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp, art. 44 ustawy Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 1), 2) i 5) ustawy Pzp. Stwierdził także, że Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania wyrażoną w art 8 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż na wniosek Odwołującego nie udostępnił wszystkich żądanych dokumentów złożonych przez pozostałych uczestników - wykonawcę Intelcan Technosystems Inc w zakresie zastrzeżonych przez tę spółkę informacji technicznych zawartych w załącznikach 25, 26, 27, 31, 36 do oferty nr 1 i tym naruszył również według wykonawcy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny i wyboru ofert w postępowaniu, dokonania ponownego badania i oceny ofert i uznania, że Indra Sistemas S.A. złożyła najkorzystniejszą ofertę, a oferta wykonawcy Intelcan Technosystems Inc oraz wykonawcy Cenrex sp. z o.o. podlegają wykluczeniu / odrzuceniu, jako niespełniające warunków - opisanych w odwołaniu. Wykonawca zażądał także nakazanie Zamawiającemu udostępnienia całości dokumentacji - dokumentów, o których udostępnienie Odwołujący wystąpił do Zamawiającego, a dotyczących oferty Intelcan Technosystems Inc, zawierających informacje techniczne. Dodatkowo - wobec naruszenia - jego zdaniem - art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ustawy Pzp - wniósł o nakazanie wezwania wykonawców Intelcan Technosystems Inc oraz Cenrex sp. z o.o. - do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia oferty o wskazane w uzasadnieniu dokumenty, brakujące lub złożone bez podpisu osoby uprawnionej lub w formie kopii niepoświadczonych za zgodność z oryginałem z naruszeniem § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wniósł również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania. Wykonawca, (...) W przypadku istnienia wątpliwości i uznania, że zebrany materiał dowodowy nie pozwala na rozstrzygnięcie, co do wyboru oferty Indra Sistemas S.A. jako najkorzystniejszej oraz dodatkowo wykluczenie/ odrzucenia ofert Intelcan Technosystems Inc oraz Cenrex sp. z o.o. - wniósł o powołanie biegłego ds. radarów eksperta z instytutu BUMAR Elektronika S.A. (d. Centrum Naukowo - Produkcyjne Elektroniki Profesjonalnej RADWAR S.A.), celem ustalenia czy wzięte pod uwagę przez Zamawiającego dane dla oceny kryterium „Budżet zasięgu radaru PSR” są matematycznie

porównywalne oraz w jaki sposób dokonana winna być ocena i porównanie tych danych (w szczególności wypowiedzenia się, co do prawidłowości kalkulacji oceny spełnienia ww. kryterium przedstawionego przez Odwołującego), a ponadto dokonania oceny zgodności oferowanych systemów radarowych przez wykonawców Intelcan Technosystems Inc oraz Cenrex sp. z o.o. z warunkami technicznymi określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zaznaczył również, że kwestie nieprawidłowości w zastosowaniu kryterium oceny ofert „Budżet zasięgu radaru PSR” oraz niespełniania przez oferowane produkty wymagań technicznych założonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały opisane szczegółowo w piśmie Indra Sistemas S.A. z dnia 1 sierpnia 2012 r. złożonym w postępowaniu oraz w piśmie z października 2012r. Stwierdził również, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania i ponieść może szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp na skutek niezgodnego z prawem uznania za najkorzystniejszą oferty nr 1 oraz niewykluczenia/ nieodrzucenia oferty nr 1 oraz oferty nr 2. Odwołująca na skutek powyższego utraciła możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i zawarcia umowy.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, co następuje:

W zakresie wadliwej oceny warunków udziału w postępowaniu stwierdził, że:

- 1) wykonawca Cenrex sp. z o.o. nie przedstawił zaświadczeń potwierdzających spełnienie przez niego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie dostawy radaru pracującego na potrzeby kontroli lotniska wraz z zasięgiem podejścia do lotniska min. 80NM i kanałem pogodowym, ponadto zaświadczenia zostały złożone w kopiach niepoświadczonych za zgodność z oryginałem i dodatkowo w szczególności:
 - a. w zakresie zaświadczenia/ referencji wykonania dostaw radarów w Manston (strona 12 oferty) brak jest podpisu udzielającego zamówienie, brak jest dokumentu potwierdzającego, że dostawa została wykonana należyście i brak jest poświadczenia referencji za zgodność z oryginałem;
 - b. w zakresie zaświadczenia/ referencji wykonania dostaw radarów w Cardiff (strona 14 oferty), brak jest dokumentu potwierdzającego, że dostawa została wykonana należyście i brak jest poświadczenia dokumentu za zgodność z oryginałem;
 - c. w zakresie zaświadczenia/ referencji wykonania dostaw radarów w Belfaście, Wlk. Bryt. (strona 16 oferty), brak jest dokumentu potwierdzającego, że dostawa została wykonana należyście i brak jest poświadczenia dokumentu za zgodność z oryginałem;
 - d. w zakresie zaświadczenia/ referencji wykonania dostaw radarów w Gruzji - Tbilisi (strona 20 oferty), dostawa zrealizowana została 11 grudnia 2008r. a więc wcześniej

niż na 3 lata przed upływem terminu składania ofert i brak jest poświadczenia dokumentu za zgodność z oryginałem;

- e. w zakresie zaświadczenia/ referencji wykonania dostaw radarów na Łotwie (strona 22 oferty), dokument ten nie został wymieniony w zestawieniu referencji (aneks 6), dostawa zrealizowana została w zakresie „secondary radar station” w Rydze 17 czerwca 2008 r., a w zakresie „secondary radar station” w Ergli 14 maja 2009r. a więc wcześniej niż na 3 lata przed upływem terminu składania ofert i brak jest poświadczenia dokumentu za zgodność z oryginałem;
- f. w zakresie zaświadczenia/ referencji wykonania dostaw radarów w Irlandii (strona 24 oferty) dostawa zrealizowana została 22 maja 2006r., 5 października 2006r., 14 maja 2007r., 19 grudnia 2007r. i 6 czerwca 2009 r. a więc wcześniej niż na 3 lata przed upływem terminu składania ofert i brak jest poświadczenia dokumentu za zgodność z oryginałem;
- g. w zakresie zaświadczenia/ referencji wykonania dostaw radarów w Arabii Saudyjskiej (strona 27 oferty) dostawa zrealizowana została na podstawie umowy zawartej nie z podmiotem udzielającym wykonawcy wiedzy i doświadczenia (Thales Air Systems S.A.) lecz z Thales International Saudi Arabia i brak jest poświadczenia za zgodność z oryginałem,

2) wykonawca Intelcan Technosystems Inc:

- a. przedłożył jedynie zaświadczenie potwierdzające spełnienie wymogu minimalnego zakresu o wartości 80 NM (z kanałem pogody na całym zakresie), jednak brakuje zaświadczenia potwierdzającego kontrolę podejścia do lotniska;
- b. nie wyszczególnił w referencjach - w załączniku nr 6 oferty nr 1 (strony 12-19) cech przedmiotu dostawy, których potwierdzenia wykonania wymagał Zamawiający [SIWZ V. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny tych warunków, pkt. 1.1. Warunek 1) np. „collocated system of radars (PSR/MSSR with mode S) working for the purpose of airport approach control /PSR (S-Band)].

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności skutkują brakiem wykazania przez wykonawcę Cenrex sp. z o.o. oraz wykonawcę Intelcan Technosystems Inc., że wykonali dostawy radarów spełniających cechy wymagane przez Zamawiającego i tym samym powinni podlegać wykluczeniu, jako niespełniający warunku udziału w postępowaniu, a ich oferty odrzucone.

Odwołujący wskazał również, że wykonawca:

1) wykonawca Intelcan Technosystems Inc. nie załączył do oferty pełnomocnictwa udzielonego od podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu polega, a tym samym warunek wymagany nie został wypełniony;

2) wykonawca Cenrex sp. z o.o. złożył:

- a. pełnomocnictwo z dnia 18 lipca 2012r. dla p. Gilberta Le Borgne, udzielone mu po dacie wystawienia przez niego oświadczenia złożonego na podstawie art. 26 ust. 2bustawy Pzp o oddaniu do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia;
- b. oświadczenie (strona 92 oferty) z pkt a. w kopii, podczas gdy przepisy ustawy prawo zamówień publicznych wymagają złożenia oryginału tego dokumentu, a samo pełnomocnictwo i jego tłumaczenie wykonane przez wykonawcę (strona 93 i 94 oferty) złożone zostały, jako niepoświadczone za zgodność z oryginałem kopie.

Tym samym wskazani wykonawcy, jako niespełniający warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia powinni być wykluczeni z postępowania, a ich oferty odrzucone.

W zakresie wadliwej oceny spełniania warunków technicznych ofert, Odwołujący Indra stwierdził, że jednym z kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu był „Budżet Zasięgu Radaru (PSR)” (Załącznik 8 do ofert) z 30% znaczeniem. Wykonawca Intelcan uzyskał w tym kryterium – 30%; wykonawca Cenrex – 28,43 %, a Odwołujący Indra – 25,63 %. Wskazał także na punktację przyznaną ofertom wykonawcy - Selex Sistemi Integrati S.p.a Systems Limited - 89,01 oraz wykonawcy - Raytheon Systems Limited - 113, 69, które to oferty zostały odrzucone. Jego zdaniem, (...) Zamawiający dokonując oceny ofert w tym kryterium pominął okoliczność, iż dane do wyliczenia Budżetu Zasięgu Radaru przedstawione przez wykonawców były nieporównywalne z matematycznego punktu widzenia i powinny zostać przekonwertowane (...) w sposób podany przez Odwołującego. Wykonawca wskazał na dwa parametry: czynnik widoczności oraz współczynnik szumu. Co do czynnika widoczności stwierdził, że jest to jeden z parametrów do obliczenia Budżetu Zasięgu Radaru (Visibility factor). W tym przypadku podał, że (...) Zostawiając na boku niską wartość tego współczynnika dla Intelcan Technosystems Inc (2 dB), wykonawca Cenrex sp. z o.o., Selex Sistemi Integrati S.p.a. oraz Raytheon Systems Limited wskazały bardzo podobne wartości rzędu 5.5 dB, podczas gdy Odwołujący wskazał wartość 8,64 dB. Wysoki czynnik widoczności podany przez Odwołującego - równy 8,64 dB - bierze pod uwagę (...) ubytki integracyjne w wysokości 3 dB. Jeżeli owe ubytki integracyjne, równe 3 dB, nie zostałyby rozważone w obliczeniu Czynnika Widoczności przez Indra Systems S.A., wynik tego współczynnika wyniósłby 5.64 dB, czyli bardzo podobną wartość do pozostałych ofert (prócz

firmy Intelcan Technosystems Inc.). Wskazuje to na fakt, iż jedynie Odwołujący wziął pod uwagę ubytki integracyjne”. Podał także, że (...) Ubytki integracyjne odpowiadają ubytkom, mającym miejsce podczas procesu integracji impulsów przy wyjściu filtrów Doppler i brane są pod uwagę, zgodnie z przyjętymi praktykami, jak w stanowiącej punkt odniesienia książce Davida K. Bartona. By móc porównać wszystkie oferty według tych samych kryteriów, ubytki integracyjne powinny zostać wzięte pod uwagę, albo przez wszystkich oferentów, albo przez żadnego. W każdym z przypadków – zdaniem Odwołującego - wyniki obliczeń Budżetu Zasięgu Radaru, stanowiącego Załącznik 8 ulegają zmianie. Wskazując na taki sposób obliczania, podał następującą punktację w przypadku nie uwzględniania ubytków integracyjnych: wykonawca wnoszący odwołanie Indra – 5,64; wykonawca Cenrex – 5,64, a wykonawca Intelcan – 2. Tym samym, w tym kryterium Odwołujący powinien uzyskać najwyższą liczbę punktów – 103,11, a wykonawca Cenrex – 96,24 oraz wykonawca Intelcan -101,57. W przypadku uwzględniania ubytków integracyjnych - wykonawca wnoszący odwołanie Indra uzyskuje – 8,64 pkt; wykonawca Cenrex – 8,65, a wykonawca Intelcan – 5. Tym samym w tym kryterium Odwołujący powinien również uzyskać najwyższą liczbę punktów – 86,76, a wykonawca Cenrex – 80,24, a wykonawca Intelcan - 85,44. W konkluzji stwierdził, że (...) Szczegóły wyliczeń Budżetu Zasięgu Radaru PSR przy zastosowaniu porównywalnego z matematycznego punktu widzenia współczynnika widoczności zawarte zostały w załączniku nr 1 do pisma Odwołującej z 1 sierpnia 2012r. Przyjęcie przez Zamawiającego do oceny ofert Budżetu Zasięgu Radaru wyliczonego przy wykorzystaniu danych nieporównywalnych z matematycznego punktu widzenia powoduje, iż ocena kryterium jest nieprawidłowa a tym samym wybór oferty dokonany został z naruszeniem ustawy prawo zamówień publicznych”. Co do współczynnika szumu - parametry PSR dla modelu podał, że wartości w Załączniku 7 dla Współczynnika Szumu, wskazane w poszczególnych ofertach są następujące: wykonawca Indra - 2,35 dB; wykonawca Cenrex – 1,5 dB; wykonawca Intelcan – brak danych, a w ofertach odrzuconych wykonawcy Selex – 2 dB i wykonawcy Raytheon – 2,1 dB. W tym przypadku stwierdził, że współczynniki szumu Indra Sistemas S.A. oraz wykluczonych wykonawców Selex oraz Raytheon znajdują się na podobnym poziomie. Z kolei wykonawca Cenrex sp. z o.o. oraz Intelcan Technosystems Inc. przedstawiają inne dane: Intelcan Technosystems Inc. nie wyszczególnia współczynnika szumu systemu (jedynie temperaturę hałasu systemu), natomiast Cenrex sp. z o.o. wskazuje ową wartość, jako 1,5 dB, zmierzoną jedynie przez LNA (niskoszumny wzmacniacz wielkiej częstotliwości), co wynika – jego zdaniem - z podanych przez wykonawców opisów technicznych. Dalej podał, że w przypadku Odwołującego (...) współczynnik szumu wynosi 2,35 dB i zmierzony został na całej długości łańcucha Częstotliwości Radiowej. Jeżeli współczynnik szumu Odwołującej zmierzony zostałby w podobnych warunkach, co w przypadku Cenrex sp. z o.o. jedynie przez LNA, wartość ta wyniosłaby 1,35 dB, a

temperatura szumu Systemu wskazywałaby 323,72 °K. W reasumpcji stwierdził, że powyższe zmiany, wraz z uwzględnieniem czynnika widoczności prowadziłyby do zmian wyników Budżetu Zasięgu Radaru w Załączniku 8. W tym przypadku wskazał, na następującą punktację w Kryterium Budżetu Zasięgu Radaru PSR: wykonawca wnoszący odwołanie Indra – 111,45 pkt; wykonawca Intelcan -101,57 pkt, a wykonawca Cenrex – 96,24 pkt. Tym samym w tym kryterium oferta Odwołującego uzyskałaby najwyższą liczbę punktów. Ponownie wskazał na pismo z dnia 2 sierpnia 2012 r. zawierające szczegóły wyliczeń, podkreślając, że (...) Przyjęcie przez Zamawiającego do oceny ofert Budżetu Zasięgu Radaru wyliczonego przy wykorzystaniu danych nieporównywalnych z matematycznego punktu widzenia powoduje, iż ocena kryterium jest nieprawidłowa a tym samym wybór oferty dokonany został z naruszeniem ustawy prawo zamówień publicznych”. Jego zdaniem, (...) Powyższe wskazuje także na niezgodność przedmiotu dostawy Intelcan Technosystems Inc oraz Cenrex sp. z o.o. z wymaganiami technicznymi Zamawiającego, co winno skutkować odrzuceniem ofert na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 1) Pzp”. Wskazał także na zastrzeżenia złożone również przez wykonawcę Raytheon Systems Limited w piśmie z 21 września 2012r. oraz, że (...) Szczegółowa argumentacja techniczna wykazująca niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymaganiami technicznymi) zawarta jest w piśmie Odwołującego”.

Odnosnie oferty wykonawcy Cenrex sp. z o.o. podał również, że (...) w Opisie Technicznym Wtórny Radar Dozorowania RSM970S znajdują się zapisy wskazujące na to, iż przedstawiony przez oferenta produkt nie spełnia technicznych warunków przedmiotu zamówienia. W tym przypadku wskazał na warunek: "Obszar zasięgu modu S dla MSSR" oraz na warunek „Dokładność azymutowi modu S dla MSSR” i warunek "Surveillance Coordination Network (SCN) i Data Link". W zakresie pierwszego z parametrów ["Obszar zasięgu modu S dla MSSR"] stwierdził, że (...) Dokumentacja przetargowa wskazuje na wymóg zasięgu Modu S dla MSSR o wartości 256 NM z minimalną prędkością obrotu anteny równą $12,3 \pm 0,2$ rpm. Zgodnie z opisem technicznym zawartym w ofercie Cenrex sp. z o.o. ustawienia modu S wskazują jedynie 200 NM przy pełnej funkcjonalności EMS. łącznie z Kanałem Transmisji Danych". Co do drugiego, ["Dokładność azymutowamodu S dla MSSR"] – podał, że wymóg dla odchylenia od azymutu wskazywał na wartość $0,022^\circ$ lub 0.033° (w zależności od Kątów uniesienia), a losowe błędy azymutu miały wynosić poniżej 0.068° . Zgodnie z opisem technicznym zawartym w ofercie Cenrex sp. z o.o. odchylenie od Azymutu wynosi $< 0,1^\circ$ a standardowe odchylenie wynosi $< 0.07^\circ$. Co do parametru "Surveillance Coordination Network (SCN) i Data Link" podał, że (...) Warunki opisane, jako obligatoryjne zostały przedstawione przez wykonawcę Cenrex sp. z o.o. jako Opcje". Odwołujący wskazał również, że (...) Zastrzeżenia opisane zostały w Załączniku 4 do pisma Indra Sistemas S.A.

z 1 sierpnia 2012r. W konkluzji stwierdził, że Zamawiający niezgodnie z ustawą Prawo Zamówień Publicznych zaniechał odrzucenia oferty Cenrex sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ.

Odnosnie oferty wykonawcy Intelcan podał, że zgodnie rozdziałem VII pkt 10 oraz pkt 12 wykonawca zobowiązany był do przedłożenia:

- 1) oświadczenia Producenta, że dla potrzeb zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa w oprogramowaniu oraz spełnienia postanowień rozporządzenia WE nr 482/2008 oprogramowanie wykorzystywane w zaoferowanym systemie radarów jest wykonane i udokumentowane w taki sposób, że spełnia wymagania określone w dokumentach „Recommendations for ANS Software” i „ANS Software Lifecycle” lub normę ED153 (...) oraz
- 2) oświadczenia Producenta, o zgodności systemów radarów z rozporządzeniem wykonawczym Komisji UE nr 1207/2011 z dnia 22.11.2011 r.

Odwołujący stwierdził, że te dokumenty [oświadczenia] nie potwierdzają zgodności dostawy z wymaganiami technicznymi. Odwołujący, albowiem wykonawca Intelcan Technosystems Inc., zamiast oświadczenia Producenta złożył w tym zakresie własne oświadczenia, a tym samym nie wykonał warunku wykazania zgodności oferowanego produktu z wymogami technicznymi Zamawiającego oraz nie potwierdził za zgodność z oryginałem załączonych do oferty tłumaczeń certyfikatów i tym samym nie wykazał, że oferowany produkt jest zgodny z zamówieniem (wymogami technicznymi). Tym samym oferta Intelcan winna zostać uznana, za niespełniającą warunków technicznych zamówienia, albowiem nie wykazano, że oferowany produkt spełnia założone przez Zamawiającego cechy, a zatem Zamawiający niezgodnie z ustawą Pzp zaniechał odrzucenia oferty Intelcan Technosystems Inc. jako niezgodnej z siwz.

Co do zastrzeżenia przez wykonawcę Intelcan dokumentów zawierających informacje techniczne, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący podał, że Zamawiający pomimo wystąpienia przez Indra Sistemas S.A. o udostępnienie tych dokumentów, zawierających informacje techniczne (załączniki nr 25, 26, 31, 36) nie udostępnił ich wykonawcy. Zaznaczył, że (...) zastrzeżenie tajności informacji jest wyjątkiem od zasady jawności i stosowane winno być przez Zamawiającego z uwzględnieniem przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Produkt oferowany przez Intelcan Technosystem Inc w niniejszym postępowaniu był również oferowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej nr AJZ-224-30/2010 na dostawę i montaż systemów kolokowanych radarów dozoru, szkolenie techniczne dla obsługi urządzeń

oraz wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania p.n. „Ośrodki radarowe kolokowanych radarów dozoru PSR/MSSR dla lokalizacji Wrocław oraz Poznań bezpośrednio przez spółkę ELDIS Pardubice s.r.o. W opisanym powyżej postępowaniu dane techniczne przedmiotu zamówienia nie zostały zastrzeżone, co wskazuje na to, że brak jest podstaw do uznania tych danych za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa”. Tym samym zdaniem wykonawcy (...) Powyższe stanowi naruszenie art. 7 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz art. 8 Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Intelcan Technosystems Inc [dalej: wykonawca Intelcan] oraz Cenrex sp. z o.o. [dalej wykonawca Cenrex] wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca Intelcan nie zgadzając się z zarzutami podniesionymi do jego oferty, powołując się również na orzecznictwo stwierdził, że w ofercie przedłożono wszystkie wymagane dokumenty. Zaznaczył jednocześnie, że są to dokumenty, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp i tym samym wykonawca – nawet w przypadku wątpliwości, co do formy dokumentu – nie podlega wykluczeniu z postępowania bez uprzedniego wezwania o stosowne uzupełnienia kwestionowanych dokumentów. Także brak oświadczenia Producenta wykonawca uznał za niezasadny, jednakże także ten dokument uznaje, że podlega uzupełnieniu. Co do kwestionowanego kryterium oceny ofert [„Budżet zasięgu radaru PSR”] stwierdził przede wszystkim, że sposób sformułowania zarzutu wskazuje na tym etapie na próbę kwestionowania spornego kryterium. Również jego zdaniem zarzut naruszenia art. 8 ust.1 ustawy Pzp w związku z ust.3 tego przepisu jest niezasadny, albowiem kwestionowane zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa opisu technicznego oferowanego urządzenia w takim zakresie jak przedstawiono w ofercie nie było wcześniej ujawnione i (...) wykonawca podjął wszelkie możliwe kroki w celu zachowania poufności tych informacji.”

Wykonawca Cenrex, powołując się na orzecznictwo również stwierdził, że zarzuty, co do treści referencji są niezasadne, albowiem te dokumenty mają potwierdzać wyłącznie prawidłowe zrealizowanie dostawy. Nie zgodził się również z zarzutem, co do ich formy stwierdzając, że ich kopie zostały prawidłowo potwierdzone za zgodność z oryginałem. Stwierdził również, że dostawy podane w wykazie pod poz. Nr 2, oraz nr 3 dostatecznie potwierdzają wymagania siwz. Co do oświadczenia o udostępnieniu potencjału oraz pełnomocnictwa do jego udostępnienia stwierdził, że to pełnomocnictwo zostało złożone w oryginale, a dokument umocowania osoby je podpisującej nie jest wymagany przepisami prawa i potwierdza jedynie takie uprawnienie i jako taki mógł być wystawiony w innej dacie. Odnośnie kryterium oceny ofert [„Budżet zasięgu radaru PSR”] przede wszystkim podkreślił,

że informacja o sposobie oceny była dostępna wykonawcom od daty publikacji specyfikacji i tym samym na tym etapie postępowania zarzut podnoszony jest spóźniony i nie może być rozpatrzony przez Izbę. Także jego zdaniem zarzuty, co do warunku: "Obszar zasięgu moduS dla MSSR" oraz „Dokładność azymutowi modu S dla MSSR” i "Surveillance Coordination Network (SCN) i Data Link" nie są zasadne. Odnośnie pierwszego, stwierdził, że żadne postanowienie specyfikacji technicznej nie wymagają dla radaru MSSR w konfiguracji trybu pełnego Modu S i przy prędkości obrotowej anteny 12 rpm wymogu zasięgu 256 NM; odnośnie drugiego, wskazał na treść dokumentu w wersji angielskiej zamieszczonej na stronie EUROCONTROL, a w odniesieniu do trzeciego z warunków stwierdził, że funkcjonalności zostały oznaczone, jako opcjonalne – w zależności od liczby konfiguracji wyjść w Centrum kontroli Ruchu Powietrznego, a ich implementacja może, bowiem wymagać dodatkowych interfejsów [LINES]

Zamawiający w toku posiedzenia w postępowaniu odwoławczym przed Izbą złożył na podstawie art. 186 ust.1 ustawy Pzp – do protokołu - oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Intelcan Technosystems Inc [dalej: wykonawca Intelcan] oraz Cenrex sp. z o.o. [dalej wykonawca Cenrex] wnieśli sprzeciw. Tym samym odwołanie – na podstawie art. 186 ust.4 ustawy Pzp podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Sygn. akt: KIO 2351/12

Odwołujący - Cenrex Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty INTELCAN Technosystems Inc. z siedzibą w Ottawie (Kanada) (dalej: "INTELCAN") oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a także zaniechania wezwania wykonawcy INTELCAN do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez INTELCAN, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz czynności wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INTELCAN, mimo iż oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie określonym w załączniku do Programu Technicznego - Radarowa specyfikacja Funkcjonalno- Techniczna dla lokalizacji Warszawa i Zabierzów w części dotyczącej

obligatoryjnych wymagań:PSR_3.1.3_1 (przypadkowy błąd określenia odległości) i SSR_4.3.3.1_1 (wymagania dotyczące modułu S);

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy INTELCAN z postępowania, pomimo iż wykonawca ten świadomie podał nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a dotyczące składu osobowego jego organu zarządzającego;
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy INTELCAN do uzupełnienia:
 - a. dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. dokumentów wskazujących na brak karalności członków organu zarządzającego wykonawcy Intelcan za przestępstwa określone w tym przepisie, pomimo że wykonawca ten nie przedłożył wskazanych dokumentów w odniesieniu do części urzędujących członków organu zarządzającego (board of directors), tj. Pana P..... W....., Pana M..... W..... oraz Pana R..... W.....;
 - b. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw zrealizowanych na rzecz:
 - (1) Międzynarodowego Portu Lotniczego w Urumchi w Chińskiej Republice Ludowej,
 - (2) Międzynarodowego Portu Lotniczego im. J.A. Pengel w Paramaribo w Republice Surinam, oraz (3) Międzynarodowego Portu Lotniczego Malabo w Republice Gwinei Równikowej;
 - c. a także (4) dokumentu potwierdzającego spełnianie przez wykonawcę Intelcan warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. opłaconej polisy potwierdzającej ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej tego wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia.

Wykonawca wskazał również na naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Intelcan do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wykazywanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz (5) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.; dalej: ustawa z.n.k.) z uwagi na zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Intelcan, jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo iż informacje te - jako uprzednio ujawnione - nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z.n.k. Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący przede wszystkim wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu ujawnienia zastrzeżonych przez INTELCAN, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w zakresie dokumentów: załącznika nr 25 do oferty - MSSR

Radar (dokument ZG017A), załącznika nr 26 do oferty - Mode S Surveillance Functional Description (dokument ZG057A), załącznika nr 27 do oferty - Control and Monitoring System Surveillance Radar System (dokument ZG028A), oraz załącznika nr 31 do oferty - RDP Signal Processor (dokument ZG019A), a także załącznika nr 36 do oferty - RL-2000 Radar (dokument Y7252A). Wniósł także – o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Intelcan, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Intelcan do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie: dokumentów potwierdzających brak skazania za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wskazanych członków zarządu wykonawcy Intelcan [Pana P..... W....., Pana M..... W..... oraz Pana R..... W.....], dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw na rzecz: Międzynarodowego Portu Lotniczego w Urumchi w Chińskiej Republice Ludowej, Międzynarodowego Portu Lotniczego im. J.A. Pengel w Paramaribo w Republice Surinam i Międzynarodowego Portu Lotniczego Malabo w Republice Gwinei Równikowej oraz opłaconej polisy, potwierdzającej ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej wykonawcy w zakresie prowadzonej przez niego działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania podał, co następuje:

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy INTELSCAN stwierdził, że (...) Jak wynika z treści załącznika do Programu Technicznego - Specyfikacja funkcjonalno-techniczna systemu kolokowanych radarów dozoru dla lokalizacji Warszawa i Zabierzów (formularz F03-KP- AWP-01; dalej: "SF-T"), Zamawiający w pkt 3.1.3 (dokładność określenia pozycji obiektów) wymagał, aby zaoferowany radar PSR charakteryzował się parametrem przypadkowego błędu określenia odległości na poziomie równym lub mniejszym niż 100 m (wymaganie PSR_3.1.3 1.; str. 23 SF-T). W angielskiej wersji tego dokumentu (Radar specification for Warszawa and Zabierzów ...) wymaganie to zostało określone, jako: PSR_3.1.3_1. The slant range random error standard deviation shall be equal or less than 100m (note better than in [Ref.II] Para 6.4.3.1). Zwrócił uwagę, że powyższe wymaganie zostało przez Zamawiającego określone, jako obligatoryjne, tj. oznaczone literą M (MANDATORY) - zgodnie z wyjaśnieniem znajdującym się w pkt 1.2. dokumentu SF-T". Jego zdaniem, (...) Oferta złożona przez INTELSCAN tak sformułowanego wymagania nie spełnia. Jak bowiem wynika z informacji zamieszczonej na stronie 146 oferty INTELSCAN (załącznik nr 22 do oferty Karta podstawowych parametrów radarów - Parametry

PSR dla modelu / PSR parameters for radar model: RL2000), oferowany radar RL2000 cechuje się parametrem przypadkowego błędu określania odległości (slantrange error: random) na poziomie niższym niż 120m. Oznacza to, że przypadkowy błąd określania odległości dla oferowanego przez INTELCAN radaru RL2000 przekracza dopuszczalny, zgodnie z treścią PSR_3.1.3_1 SF-T, poziom błędu o odległość 20m”. W konkluzji stwierdził, że w tym, zatem zakresie treść oferty INTELCAN nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podał także, że zgodnie z pkt 4.3.3.1. SF-T (interfejsy systemu radarowego), (...) Zamawiający wymagał od oferowanych radarów MSSR, aby system radaru modu S spełniał wymagania określone m.in. w dokumentach referencyjnym [Ref. 6] (wymaganie SSR_4.3.3.1_2. SF-T). Jest to również wymaganie obligatoryjne - oznaczone literą M (MANDATORY)”. Wskazanymi dokumentami referencyjnymi są - zgodnie z zapisami Załącznika B do SF-T (str. 93 SF-T) następujące dokumenty: European Mode S ASTERIX documents: (a) EUROCONTROL Standard Document For Surveillance Data Exchange Part 5 Category 017 Mode S SurveillanceCoordinationFunctionMeasures SUR.E2T.ST03.3111-SPC- 02-00, Edition 1.0, October 2004 + Annex A: CoordinateTransformation algorithms for hand-over of targets between POEMS interrogators, (b) EUROCONTROL Standard Document For Surveillance Data Exchange Part 6 Category 018 Mode S Datalink Function Messages, SUR.ET2.ST03.3112-SPC-01-0, Edition 1.5, March 1999. Zdaniem Odwołującego (...) z treści Załącznika nr 22 do oferty INTELCAN, tabela Parametry MSSR dla modelu / MSSR parametr for radar model: MSSR-1 (str. 153 oferty, ostatnia pozycja tabeli) „ wynika, że (...) zaoferowany przez INTELCAN radar MSSR nie wspiera kategorii 17 i 18 Astérix danych wyjściowych. Oznacza to, że zaoferowany przez INTELCAN radar MSSR-1 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania odnoszącego się do Modu S. W konsekwencji opisanych powyżej niezgodności radarów RL2000 oraz MSSR-1 z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SF-T, oferta INTELCAN – zdaniem Odwołującego - powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący – wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że (...) wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma fundamentalny charakter na gruncie zamówień publicznych. Podniósł również, że (...) Odstąpienie od zasady jawności postępowania jest możliwe jedynie wyjątkowo, w ściśle oznaczonych okolicznościach i tylko, gdy ustawa tak stanowi (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Wykonawca podkreślił także, że (...) pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako

wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, powinno być interpretowane w sposób ścisły i jego zdaniem (...) W tym kontekście nie spełniają ustawowej definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa” zastrzeżone przez wykonawcę INTELCAN informacje (...) w dokumentach: załączniku nr 25 do oferty - MSSR Radar (dokument ZG017A); załączniku nr 26 do oferty - Mode S Surveillance Functional Description (dokument ZG057A); załączniku nr 27 do oferty - Control and Monitoring System Surveillance Radar System (dokument ZG028A); załączniku nr 31 do oferty - RDP Signal Processor (dokument ZG019A) oraz załączniku nr 36 do oferty - RL-2000 Radar (dokument Y7252A). W tym przypadku stwierdził, że powyższe dokumenty zostały wcześniej ujawnione, albowiem - zdaniem wykonawcy (...) w prowadzonym wcześniej (tj. w roku 2010) przez Zamawiającego postępowaniu na dostawę i montaż systemów kolokowanych radarów dozoru, szkolenie techniczne dla obsługi urządzeń oraz wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania p.n. „Ośrodki radarowe kolokowanych radarów dozoru PSR/MSSR dla lokalizacji Wrocław oraz Poznań” - ofertę złożył producent radarów RL-2000 i MSSR-1 - ELDIS Pardubice s.r.o. z siedzibą w Pardubicach (Czechy) (dalej: "ELDIS") - oferując Zamawiającemu te właśnie radary. Do złożonej oferty ELDIS załączył wówczas szczegółowy opis techniczny obydwu radarów PSR (RL- 2000) i MSSR (MSSR-1) z modem S oraz pozostałych elementów oferowanego systemu radarów, obejmujący również dokumenty: ZG017A - MSSR-1, System Description, Y7252A - RL-2000, Radar System Description, ZG057A - Mode S Surveillance Functional Description, Technical Proposal, ZG028A - Control and Monitoring System, Surveillance Monitoring System, Technical Description, oraz ZG019A - RDP/SMP Signal Processor, Technical Proposal. Powyższe dokumenty nie zostały w przeprowadzonym w 2010 r. postępowaniu o udzielenie zamówienia zastrzeżone przez ELDIS, jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zatem jako załącznik do oferty, na zasadzie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, były i są w dalszym ciągu jawne i dostępne dla nieograniczonego kręgu podmiotów. W konsekwencji, zdaniem wykonawcy, wskazane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przywołanego art. 11 ust. 4 ustawy z.n.k. - a zatem winny być przez Zamawiającego w pełni ujawnione. Dodał, że (...) Nawet jednak w przypadku, gdyby okazało się, iż omówione powyżej dokumenty zawarte w ofercie ELDIS z 2010 r. w określonym zakresie różnią się od dokumentów dołączonych do oferty INTELCAN w Postępowaniu niniejszym (np. na skutek aktualizacji sprzętu lub oprogramowania), nie dawałoby to podstaw do utajnienia ich treści w całości. W takim, bowiem przypadku Zamawiający winien porównać treść zastrzeżonych dokumentów i utajnić tylko te fragmenty, które uległy zmianie w stosunku do informacji uprzednio ujawnionych przez ELDIS. Pozostałe zaś zapisy winny zostać ujawnione zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Zaniechanie przez Zamawiającego porównania treści zastrzeżonych dokumentów z dokumentami dołączonymi

do oferty ELDIS z 2010 r. oraz zaniechanie ujawnienia informacji uprzednio ujawnionych stanowiło, w ocenie Odwołującego, uchybienie przepisom art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia INTELCAN z postępowania oraz zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt należytego wykonania dostaw radarów wskazał na postanowienia rozdziału V pkt 1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Stwierdził, że (...) Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, iż w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostarczył i uruchomił min. dwa (2) radary PSR i dwa (2) radary MSSR z modem S w tym jeden (1) kolokowany System radarów (PSR/MSSR z modem S) pracujący na potrzeby kontroli zbliżania lotniska oraz jeden (1) radar PSR (S-band) pracujący z zasięgiem przynajmniej NM i kanałem pogodowym pracującym w całym zasięgu radaru, czyli do 80 NM. Podał również, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału VI pkt 1.1 i 1.2. SIWZ na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wykazu dostaw radarów, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem przedmiotu dat wykonania i odbiorów oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie - tj. dołączenia dokumentów potwierdzających odbiór końcowy i uruchomienie radarów (np. certyfikat odbioru końcowego urządzenia lub równoważny dokument potwierdzający uruchomienie radaru). Wykonawca Intelcan, na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wskazał w załączonym do oferty wykazie wykonanych dostaw (dalej: "Wykaz") cztery zadania, w tym m.in. na dostawę kolokowanego systemu radarów PSR/MSR pracującego na potrzeby kontroli zbliżania lotniska - zrealizowaną na rzecz Civil Aviation Authority, Suriname (poz. 1 Wykazu); na dostawę kolokowanego systemu radarów PSR/MSR, pracującego na potrzeby kontroli zbliżania lotniska - na rzecz Presidency of the Republic of Equatorial Guinea (poz. 2 Wykazu) oraz na dostawę jednego radaru PSR i jednego radaru MSSR z modem S (o zasięgu 80 NM), pracującego na potrzeby kontroli zbliżania lotniska - na rzecz nieoznaczonego podmiotu (Zleceniodawcy) w odniesieniu do którego został określony jedynie adres siedziby (no. 46 Yingbin Road, Urumqi, Xinjiang 8300 16 P.R. China (poz. 4 Wykazu). Na potwierdzenie, że wskazane powyżej dostawy zostały wykonane należycie, INTELCAN przedstawił: dla dostawy wskazanej w poz. nr 1 Wykazu - System Commission Certificate (zgodnie z załączonym tłumaczeniem: Certyfikat Odbioru Systemu) wystawiony przez Departament Lotnictwa Cywilnego Ministerstwa Transportu

Łączności i Turystyki w imieniu Islamskiego Banku Rozwoju oraz Flight Check Final Report (zgodnie z tłumaczeniem: Test z powietrza Raport Końcowy) wystawiony przez ASCENA, a dla dostawy wskazanej w poz. nr 2 Wykazu – Provisional Completion Certificate (tłumaczenie: Tymczasowe Świadczenie Ukończenia) wystawione przez Prezydencję Republiki Gwinei Równikowej. Odnośnie informacji podanych w poz. nr 4 Wykazu oraz dokumentów, potwierdzających należyte zrealizowanie dostaw w Chińskiej Republice Ludowej stwierdził, że najpoważniejsze wątpliwości budzą dokumenty dotyczące dostawy wymienionej w tej pozycji Wykazu. W pierwszej kolejności zauważył, że wykonawca Intelcan nie oznaczył w Wykazie podmiotu, na rzecz którego dostawa wyszczególniona w poz. nr 4 została zrealizowana. Powyższa okoliczność ma istotne znaczenie dla wyniku oceny spełniania przez INTELCAN warunków udziału w postępowaniu, gdyż brak oznaczenia nie tyle nawet utrudnia, co wręcz uniemożliwia dokonanie weryfikacji w zakresie tego, czy wskazana dostawa została zrealizowana należyście. Zamawiający został w istocie pozbawiony możliwości sprawdzenia, czy przedłożone przez wykonawcę dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw zostały wystawione przez podmiot, który jest odbiorcą tychże dostaw - i jako taki dysponuje pełną wiedzą odnośnie sposobu, w jaki zostały one zrealizowane. Stwierdził również, że wykonawca Intelcan nie przedłożył prawidłowych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wyszczególnionych w poz. nr 4 Wykazu. W tym przypadku podał, że dokument zatytułowany TEST REPORT SAT (str. 25 - 29 oferty INTELCAN) został przedłożony wyłącznie w języku angielskim, bez stosownego tłumaczenia na język polski. Zgodnie natomiast z postanowieniem Rozdziału XI pkt 6 i 8 SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców, aby oferta była sformułowana w języku polskim, zaś dokumenty w języku obcym, były złożone wraz z tłumaczeniem na język polski (z wyłączeniem szczegółowego opisu technicznego obydwu radarów PSR i MSSR z modem S oraz pozostałych elementów oferowanego systemu radarów, który mógł być przedłożony zarówno w języku polskim, jak i w języku angielskim). Zamawiający zastrzegł przy tym, że podczas oceny ofert będzie opierał się na tekście przetłumaczonym na język polski. Wobec powyższego, przedłożony w języku angielskim dokument TEST REPORT SAT nie mógł stanowić podstawy oceny przez Zamawiającego, czy dostawa wskazana pod poz. 4 Wykazu została wykonana należyście. Zdaniem Odwołującego, powyższe dokumenty nie potwierdzają w sposób dostateczny należytego wykonania przez tego wykonawcę dostaw wymienionych w poz. 1, 2 i 3 Wykazu i (...) W konsekwencji nie dają one podstaw do przyjęcia, iż INTELCAN spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia”. Zdaniem Odwołującego, wykonawca INTELCAN winien zostać wezwany do uzupełnienia brakującego tłumaczenia dokumentu - stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnośnie drugiego z dokumentów przedstawionych przez INTELCAN, celem

potwierdzenia należytego wykonania dostawy radarów w Chińskiej Republice Ludowej wykonawca Cenrex wskazał na oświadczenie, oznaczone, jako Referencje, podpisane przez Pana C..... Y....., zajmującego stanowisko dyrektora generalnego w bliżej nieokreślonym podmiocie. Zdaniem wykonawcy na podstawie treści Referencji nie jest możliwe ustalenie, od jakiego podmiotu ten dokument pochodzi, brak jest również możliwości weryfikacji tego dokumentu. Nie jest, bowiem wiadome, czy autor Referencji jest odbiorcą dostawy wymienionej w poz. 4 Wykazu i czy w związku z tym może posiadać dostateczną wiedzę o okolicznościach tej dostawy dotyczących. Zwrócił również uwagę, że w treści Referencji znajduje się stwierdzenie nieprawdziwe, albowiem w oświadczeniu tym, Pan C..... Y..... w imieniu niezidentyfikowanego podmiotu oświadczył, że ELDIS jest zatwierdzonym dostawcą Zarządu Lotnictwa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej (CAA - Civil Aviation Administration). Tymczasem lista zatwierdzonych przez Zarząd Lotnictwa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej (aktualna nazwa angielska: Civil Aviation Administration of China - CAAC) jest dostępna na stronie internetowej prowadzonej przez Centrum Techniczne Wydziału Kontroli Ruchu Powietrznego Lotnictwa Cywilnego. Lista ta zawiera szczegółowe informacje o dostawcach sprzętu oraz wystawionych na ich rzecz certyfikatach dopuszczenia do użytkowania urządzeń nadzoru nawigacyjnego w cywilnym ruchu powietrznym. Jest ona dostępna pod adresem: <http://jszx.atmb.net.cn:8080/xkw-cms/jsp/cms/article/static/2010-07-19/197.html>. Za pośrednictwem wskazanej witryny internetowej istnieje możliwość samodzielnej weryfikacji przez każdego zainteresowanego, czy oferowany przez oznaczonego dostawcę sprzęt nawigacyjny posiada certyfikat dopuszczenia do użytkowania. Strona ta jest jednak prowadzona w języku chińskim. W tym kontekście podkreślił, że w bazie danych CAAC brak jest informacji, aby na rzecz wykonawcy Intelcan lub też ELDIS był wydawany jakikolwiek certyfikat dopuszczenia do użytkowania urządzeń nadzoru nawigacyjnego w cywilnym ruchu powietrznym. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że żaden z radarów wyprodukowanych przez INTELSCAN lub ELDIS (w szczególności zaś radary RL-2000 oraz MSSR-1) nie posiada świadectwa dopuszczenia do użytkowania. Stąd też zarówno INTELSCAN, jak i ELDIS nie mogą być uznani za podmioty zatwierdzone (certyfikowane) przez CAAC. Stwierdził również, że (...) W przeciwieństwie do nich, na liście certyfikowanych dostawców znajduje się producent systemu radarowego zaoferowanego przez Odwołującego - tj. Thales Air System S.A., co znajduje potwierdzenie w ww. akcie notarialnym załączonym do odwołania". Podał również, że (...) Ponadto istotne wątpliwości może budzić to, w jaki sposób ELDIS wykonał na rzecz "nieoznaczonego podmiotu" zamówienie dotyczące dostawy i instalacji radarów RL-2000 oraz MSSR-1 na Międzynarodowym Porcie Lotniczym w Urumchi w Chińskiej Republice Ludowej, skoro te radary nie zostały dopuszczone do użytkowania w tym państwie przez Zarząd Lotnictwa Cywilnego (CAAC). Bez takiego certyfikatu, uruchomienie na lotnisku w Chińskiej Republice

Ludowej systemu radarowego dostarczonego przez ELDIS musiałyby zostać dokonane w sposób niezgodny z prawem tego kraju. Wątpliwości te są tym bardziej uzasadnione, iż na oficjalnej stronie internetowej ELDIS w zakładce dotyczącej referencji (pod adresem: <http://www.eldis.cz/index.php?lana=en&content=reference#15>) brak jest jakiegokolwiek wzmianki o zrealizowaniu przez ten podmiot zamówienia w Chińskiej Republice Ludowej. Jednocześnie ujawnione są tam informacje dotyczące pozostałych dostaw ujętych w Wykazie tj. zrealizowanych w Republice Korei Południowej, w Republice Surinamu i w Republice Gwinei Równikowej. Rekapitułując stwierdził, że nie mogą być uznane za wiarygodne Referencje, które dotyczą dostawy zrealizowanej na rzecz nieoznaczonego odbiorcy, zostały wystawione przez podmiot nieoznaczony, poświadczają nieprawdę w zakresie zatwierdzenia wykonawcy Intelcan przez Zarząd Lotnictwa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej, poświadczają wykonanie dostawy i uruchomienia radarów, w odniesieniu, do których nie zostało wystawione świadectwo dopuszczenia do użytkowania, oraz o realizacji, których brak jest jakichkolwiek informacji na stronie dostawcy. Takie Referencje – zdaniem wykonawcy - nie potwierdzają w sposób dostateczny należytego wykonania przez ELDIS dostawy, montażu i uruchomienia radarów.

Odnosnie dokumentów, dotyczących dostaw w Republice Surinamu oraz w Republice Gwinei Równikowej wskazał na wątpliwości, co do prawidłowości przedstawionych przez wykonawcę dokumentów potwierdzających realizację dostaw i uruchomienie radarów PSR i MSSR na rzecz Władzy Lotnictwa Cywilnego (Surinam) oraz Prezydencji Gwinei Równikowej. W tym przypadku stwierdził, że z treści przedłożonego przez wykonawcę Intelcan na potwierdzenie pierwszej z wymienionych dostaw Certyfikatu Odbioru Systemu (System Commision Certificate) wynika, że usługi i urządzenia dotyczące wykonania systemu radarowego zostały zaakceptowane i odebrane przez kupującego (Departament Lotnictwa Cywilnego). W trakcie odbioru zostały jednak zgłoszone zastrzeżenia (réservations - wyraz błędnie przetłumaczony przez INTELSCAN, jako „rezerwacje”), co do przedmiotu dostawy. Jego zdaniem, (...) Wątpliwości w tym zakresie nie rozwiewa dołączony dokument „Wynik testu z powietrza”, gdyż w ogóle do tych zastrzeżeń się nie odnosi. Nadto, dokument ten nie potwierdza uruchomienia systemu radarowego PSR / MSSR - podczas gdy Zamawiający w Rozdziale VI pkt 1.2. SIWZ wymagał przedstawienia dokumentów potwierdzających odbiór końcowy i uruchomienie radarów”. Wykonawca podał również, że (...) Na potwierdzenie należytego wykonania dostawy na rzecz Prezydencji Gwinei Równikowej zostało zaś przedłożone przez INTELSCAN "Wyłącznie tymczasowe świadectwo ukończenia. Tymczasowy charakter tego dokumentu uniemożliwia przyjęcie, iż przedmiot dostawy - system radarowy - został przez nabywcę ostatecznie odebrany oraz definitywnie uruchomiony - a tego właśnie wymagał Zamawiający. Wobec powyższych nieprawidłowości

stwierdzonych w dokumentach przedłożonych, zdaniem Odwołującego, zasadnym było wezwanie wykonawcy Intelcan do uzupełnienia wskazanych dokumentów, ewentualnie - w przypadku powzięcia wątpliwości, co do ich treści - do złożenia wyjaśnień. Zaniechanie natomiast wykonania tego obowiązku stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia INTELCAN oraz zaniechania wezwania go do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających brak skazania wszystkich członków zarządu, Odwołujący stwierdził, że (...) Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (Rozdział VI pkt 2.4. siwz). Wykonawcy mający miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast takich dokumentów winni natomiast byli przedstawić zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą (Rozdział VI pkt 4.1.4. siwz) lub oświadczenia złożone przed notariuszem - jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby nie wydaje się takich zaświadczeń (Rozdział VI pkt 4.4. SIWZ)". Podał dalej, że (...) Wykonawca Intelcan załączył dokumenty potwierdzające niekaralność trzech osób: Pana G..... A....., Pana Z..... G..... oraz Pani P..... L..... Y..... W odniesieniu do tych osób przedłożone zostały oświadczenia złożone przed notariuszem (Pani P..... L..... Y..... - będąca jednocześnie osobą składającą oświadczenie o niekaralności, jako domniemany członek zarządu Intelcan) oraz zaświadczenia o niekaralności. Odwołujący stwierdził, że nie załączono zaświadczeń oraz oświadczeń dla trzech urzędujących członków organu zarządzającego tego wykonawcy, albowiem (...) z informacji dostępnych w rejestrze Korporacji Kanadyjskich (Corporations Canada) umieszczonym na stronie Rządu Kanady - Ministerstwa Przemysłu (Industry Canada) pod adresem <https://www.ic.qc.ca/app/scr/cc/CorporationsCanada/fdrlCrpSrch.html?locale=en-CA>," skład osobowy dyrektorów spółki INTELSCAN obejmuje obecnie pięć osób: Pan G.....

A....., Pan P..... W....., Pan Z..... G....., Pan R..... W....., M..... W.....I. Zatem wykonawca Intelcan nie załączył dokumentów potwierdzających brak skazania urzędujących dyrektorów (directors) - członków zarządu (board of directors), Pana P..... W....., Pana M..... W..... oraz Pana R..... W..... Zwrócił dodatkowo uwagę, że nawet te przedłożone przez wykonawcę oświadczenia nie zostały prawidłowo złożone przed notariuszem. Jak bowiem wynika z informacji znajdujących się przy pieczęci notariusza - Pani P..... L..... Y..... - jej uprawnienia, jako notariusza są ograniczone do poświadczania dokumentów i przyjmowania oświadczeń pod przysięgą dla wykonawcy Intelcan oraz Intelcan Technosystems Overseas Ltd. Oświadczenia złożone przez Pana G..... A....., Pana Z..... GL..... oraz Pani P..... L..... Y..... nie są oświadczeniami składanymi przez ww. spółki (lecz przez osoby fizyczne, odrębne pod względem prawnym od spółek), ani też składanymi wobec nich (dla nich). Adresatem oświadczeń o braku karalności nie jest bowiem wykonawca Intelcan czy też Intelcan Technosystems Overseas Ltd., lecz Zamawiający - podmiot prawa polskiego. Widniejące w okolicach pieczęci notariusza - Pani P..... L..... Y..... - ograniczenie jej uprawnień wyłącza, zatem możliwość uznania za skuteczne oświadczeń o braku karalności przed nią złożonych, a które zostały skierowane do Zamawiającego. Stwierdził także, że (...) oświadczenie złożone przez samą Panią P..... L..... Y....., jako członka zarządu INTELKAN, a jednocześnie notariusza (notary public) - bez obecności innego uprawnionego notariusza - za oświadczenie złożone przed notariuszem nie może być uznane. Takie oświadczenie nie odpowiada definicji określonej w przepisie § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - powielonej przez Zamawiającego w zapisie Rozdziału VI pkt 4.1.2. i 4.4. SIWZ. Zdaniem wykonawcy (...) wyrażenie „złożenie oświadczenia przed osobą (notariuszem)” zakłada obecność, co najmniej dwóch osób: (1) osoby składającej oświadczenie i (2) osoby, przed którą to oświadczenie jest składane (w tym przypadku notariusza). Wymóg ten w stanie faktycznym sprawy nie został przez Panią P..... L..... Y..... zachowany - albowiem na złożonym przez wykonawcę Intelcan oświadczeniu widnieje tylko jeden jej podpis”. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wykonawca Intelcan (...) nie wykazał w dostateczny sposób braku podstaw do jego wykluczenia stosownie do przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i ta okoliczność powinna prowadzić do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dodał jednocześnie, że (...) Takie wezwanie jest jednak, w ocenie Odwołującego, w stanie faktycznym sprawy niedopuszczalne. W świetle, bowiem załączonego do niniejszego odwołania wydruku z rejestru Corporations Canada INTELKAN w ofercie podał nieprawdziwe informacje odnośnie składu osobowego własnego organu zarządzającego. Powołując się

mianowicie na załączony do oferty wydruk zawierający informacje z bazy danych Canadian Company Capabilities (Zdolności Spółek Kanadyjskich) - umieszczonej na stronie internetowej Rządu Kanady - Ministerstwa Przemysłu, wykonawca INTELCAN zasugerował, że w skład jego zarządu wchodzi jedynie trzy osoby (Pan G..... A....., Pan Z..... G.... oraz Pani P..... L..... Y.....). Na dowód powyższego przedłożył wydruk ze wskazanej bazy danych, wraz z tłumaczeniem na język polski". Odwołujący zwrócił jednocześnie uwagę, że (...) baza danych Canadian Company Capabilities (której wydruk załączył INTELCAN do swej oferty) nie zawiera informacji źródłowych w zakresie danych rejestrowych spółek działających w Kanadzie. Jej celem jest jedynie ułatwienie przedsiębiorcom działającym na terenie Kanady odnalezienia potencjalnych dostawców towarów, usług czy technologii. Informacje, które są w tej bazie danych, nie dotyczą wcale organów spółki, zasad reprezentacji czy też sporządzania sprawozdań finansowych, lecz obejmują w szczególności: nazwę, adres fizyczny, adres poczty internetowej, dane kontaktowe, opis spółki i profil jej działalności, wytwarzane produkty oraz aktywność działania na rynkach geograficznych. Takie też informacje zostały ujęte w wydruku przedstawionym przez INTELCAN. Brak jest natomiast w tym dokumencie danych w zakresie składu osobowego zarządu spółki. Jedyną informacją osobową, jaką można tam odnaleźć, dotyczy osób wskazanych do kontaktu ze spółką (contactpersons), nie zaś dyrektorów (directors)". Zwrócił również uwagę na zastrzeżenie umieszczone na końcu przedmiotowego wydruku (zgodnie z tłumaczeniem zapewnionym przez INTELCAN), dokument ten jest zaprezentowany w języku dostarczonym przez autora/źródło, w którym podano, że (...) Wszystkie informacje znajdujące się w rejestrze Canadian Company Capabilities zostały dostarczone przez firmę lub inne źródła niezależne od Departamentu Przemysłu Kanady. Departament Przemysłu Kanady nie przejmuje żadnej odpowiedzialności. Zarejestrowane firmy zapewnią ciągłe monitorowanie informacji zawartych w Canadian Company Capabilities i poproszą o ich zmodyfikowanie, jeśli okaże się to niezbędne. Dlatego też przy ustalaniu danych o organie zarządzającym INTELCAN pierwszeństwo należy przyznać informacjom ujętym w rejestrze Corporations Canada (którego wydruk został załączony do niniejszego Odwołania), gdyż w przypadku tego rejestru wskazane zostały: skład osobowy dyrektorów spółki (odpowiedników członków zarządu w prawie polskim), numer rejestrowy spółki, informacje dotyczące roku obrotowego i informacje, dotyczące sprawozdawczości, zaświadczenia o połączeniu spółek". Nadto zgodnie z treścią dokumentu, informacje w nim zawarte są objęte obowiązkiem aktualizacji przez spółkę - w terminie 15 dni od każdej ich zmiany. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, podane przez wykonawcę Intelcan informacje w zakresie składu osobowego zarządu spółki należy uznać za informacje niezgodne z rzeczywistością - a zatem nieprawdziwe w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dalej wykonawca stwierdził, że

(...) podanie przez INTELKAN niezgodnych z rzeczywistością informacji odnośnie do składu organu zarządzającego musiało być działaniem świadomym. Nie sposób zakładać, aby INTELKAN nie posiadał aktualnej wiedzy w tym zakresie. Stąd też zasugerowanie Zamawiającemu, jakoby w skład zarządu spółki INTELKAN wchodziły jedynie trzy osoby winno być zakwalifikowane, jako celowe działanie nakierowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do okoliczności podlegającej badaniu w toku Postępowania". Odwołujący podkreślił, że okoliczność dotycząca podania przez wykonawcę Intelcan nieprawdziwych informacji wyklucza możliwość wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zastąpienie informacji nieprawdziwych informacjami zgodnymi z rzeczywistością możliwe nie jest. Stwierdzenie, zatem zaistnienia okoliczności wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno prowadzić bezpośrednio do wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu - bez uprzedniego stosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 tej ustawy, gdyż ustawa Pzp nie przewiduje możliwości sanowania nieprawdziwej informacji - nie znajdziemy w jej treści ani uprawnienia, ani też obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w ustawie Pzp w art. 26 ust. 3 stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest możliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia ten wykonawca.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania INTELKAN do uzupełnienia opłaconej polisy odpowiedzialności cywilnej Odwołujący podał, że (...) W niniejszym Postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 10.000.000,00 zł (Rozdział V pkt 1.2. SIWZ). Jako potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy byli zobligowani przedłożyć kopię opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 10.000.000,00 zł, aktualną w terminie składania ofert. Jednocześnie w sytuacji, gdyby z samej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie nie wynikał fakt opłacenia składki ubezpieczeniowej, wykonawcy byli zobligowani dołączyć do oferty także dowód opłacenia takiej składki (Rozdział VI pkt 1.3. SIWZ). W stanie faktycznym niniejszej sprawy INTELKAN nie przedłożył kopii opłaconej polisy". Wykonawca dalej podał, że wykonawca Intelcan przedstawił oświadczenie swojego brokera ubezpieczeniowego o

objęciu ubezpieczeniem i terminowym opłacaniu składek (str. 110-111 oferty) oraz certyfikat ubezpieczeniowy - zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej (str. 112 - 113 oferty). Zdaniem Odwoływającego (...) jakkolwiek certyfikat ubezpieczeniowy, co do zasady nie może być dyskwalifikowany, jako dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, to jednak skuteczność jego przedłożenia może być rozważana wyłącznie w sytuacji, gdy polisa ubezpieczeniowa nie została wystawiona. Podał również, że stosownie do wymagania z Rozdziału VI pkt 1.3. siwz, inny niż polisa dokument potwierdzający ubezpieczenie mógł być przedłożony wyłącznie w przypadku braku polisy. Tymczasem, zdaniem Odwoływającego (...) z treści załączonego certyfikatu (zaświadczenia) wyraźnie wynika, iż polisy na rzecz INTELSCAN były wystawiane - a zatem wykonawca ten mógł je w Postępowaniu niniejszym przedstawić. Nadto - zgodnie z brzmieniem certyfikatu - został on wystawiony wyłącznie w celach informacyjnych i nie przyznaje jakiegokolwiek prawa jego posiadaczowi. Nie stanowi on aneksu do umowy ubezpieczenia, a także nie rozszerza ani nie zmienia zakresu objętego wystawioną polisą. Powołując się na orzecznictwo KIO podkreślił, że (...) przedmiotem sporu nie jest w zasadzie to, czy odwołujący jest ubezpieczony i czy opłacił wymagane składki, lecz czy ten fakt w odpowiedni sposób udowodnił zamawiającemu, aby mógł on uznać postawiony warunek za spełniony. Zauważył również, że (...) z treści certyfikatu nie wynika wcale, czy wyszczególnione w nim polisy zostały przez INTELSCAN opłacone. Zamawiający zaś wymagał - w sytuacji, gdy z treści dokumentu to nie wynika - przedłożenia przez wykonawcę dowodu opłacenia (np. w postaci potwierdzenia przelewu). Odnosząc się zaś do przedłożonego oświadczenia brokera ubezpieczeniowego, dodatkowo wskazał, że (...) ten dokument nie może być brany pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Broker ubezpieczeniowy - reprezentując przy zawieraniu umowy ubezpieczenia interes ubezpieczającego (w tym przypadku INTELSCAN) - nie może być uznany za podmiot bezstronny. Stąd też dokument wystawiony przez brokera - również w interesie INTELSCAN - musi być uznany za dokument cechujący się bardzo ograniczoną mocą dowodową”.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej stwierdził, że (...) Opisane powyżej naruszenia doprowadziły do niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej, która powinna zostać odrzucona oraz uznana za odrzuconą (z uwagi na wykluczenie wykonawcy - stosownie do art. 24 ust. 4 Ustawy pzp), a nadto, która nie zawiera wszystkich wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił jednocześnie, że wniosek dotyczący nakazania Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów lub ewentualnie ich wyjaśnienia, został sformułowany jedynie w sposób ewentualny.

Odwołujący w konkluzji odwołania wskazał, że (...) posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem złożył w postępowaniu ofertę, która została oceniona najwyżej, poza ofertą INTELCAN. Uwzględnienie odwołania zgodnie ze sformułowanymi weń żądaniami otwiera drogę do wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz szkody, którą może on ponieść z powodu wskazanych w Odwołaniu naruszeń prawa - co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Ustawy pzp". Podał także, że zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymał w dniu 17 października 2012 r. i (...) Stąd też uzasadnionym jest twierdzenie, iż odwołanie wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2012 r. zachowuje określony w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp termin dziesięciodniowy. Podkreślił również, że zachowany także został przez Odwołującego termin na podniesienie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez INTELCAN, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący, bowiem dopiero z chwilą otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej powziął ostateczną informację o tym, iż Zamawiający nie zdecydował się ujawnić informacji zastrzeżonych. Do tego momentu procedura badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu była otwarta, a zatem w tym okresie Zamawiający - badając wszystkie aspekty prawne i faktyczne związane ze złożeniem oferty przez INTELCAN - nie ukończył jeszcze swojej weryfikacji odnośnie do oceny prawnej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Miał on jeszcze prawo dowolnie zmieniać swoją decyzję w przedmiocie uznania zastrzeżenia przez INTELCAN tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Proceduralnym wyrażeniem decyzji Zamawiającego w zakresie uznania za skuteczne zastrzeżenia przez INTELCAN tajemnicy przedsiębiorstwa była dopiero czynność przekazania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wcześniej zamawiający takiej decyzji nie komunikował - nie odmówił w szczególności Odwołującemu ujawnienia informacji zastrzeżonych (Odwołujący z takim wnioskiem się nie zwracał). Z tej przyczyny należy uznać, że termin na wniesienie odwołania od zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa został dla Odwołującego otwarty z dniem przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. z dniem 17 października 2012 r. Powyższa argumentacja pozostaje – zdaniem wykonawcy – w zgodzie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W uzasadnieniach wyroków wydanych na przestrzeni ostatniego roku Izba wielokrotnie zajmowała, bowiem stanowisko, iż termin na kwestionowanie zaniechań dotyczących ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa należy liczyć od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazując na orzecznictwo przyznał jednocześnie, że z czynnością zamawiającego uzewnętrzniającą wolę odnośnie oceny zastrzeżonych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa mamy do czynienia w dwóch

terminach. Pierwszy termin wynikający z przeprowadzonego przez zamawiającego badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wnioskami innych wykonawców o odtajnienie zastrzeżonych informacji - brak zgody zamawiającego - przed ogłoszeniem wyników postępowania. Drugi termin wynikający z przeprowadzonego przez zamawiającego badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wnioskami innych wykonawców o odtajnienie zastrzeżonych informacji - w terminie ogłoszenia wyników postępowania. Tym samym termin na skarżenie czynności zamawiającego jest odpowiedni do terminu upublicznienia swojej decyzji przez zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający ujawnił swoją decyzję w dacie czynności ogłoszenia wyników postępowania i to od tej daty należało liczyć termin na wnoszenie środków ochrony prawnej, co oznacza, że zarzuty odwołującego w powyższym zakresie są stawiane w terminie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Intelcan Technosystems Inc., wnosząc o oddalenie odwołania w całości, a po stronie wnoszącego odwołanie wykonawca – Indra, wnosząc o jego uwzględnienie.

Przystępujący – wykonawca Intelcan przede wszystkim stwierdził, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia faktycznego ani prawnego i dlatego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślił, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, ani jego oferta odrzuceniu i tym samym Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów.

Zamawiający w toku posiedzenia w postępowaniu odwoławczym przed Izłą złożył na podstawie art. 186 ust.1 – do protokołu - oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Intelcan Technosystems Inc [dalej: wykonawca Intelcan] wniósł sprzeciw. Tym samym odwołanie – na podstawie art. 186 ust.4 ustawy Pzp podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania, w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, podlegają uwzględnieniu.

Rozpoznając odwołania, Izba miała na uwadze przede wszystkim dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i

uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W niniejszej sprawie, rozpatrując w pierwszej kolejności zarzut dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w ofercie wykonawcy Intelcan Technosystems Inc. [dalej: wykonawca Intelcan] - podniesiony zarówno w odwołaniu sygn. akt: KIO 2342/12 jak i w odwołaniu sygn. akt: KIO 2351/12 – Izba miała także na uwadze odpowiednio przepis art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazany art. 189 ust.2 ustawy Pzp zdanie pierwsze stanowi, że Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi m.in., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą [ust. 2 pkt 3]. Okoliczności, o których mowa w tym przepisie stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania. Powyższy przepis ma także odpowiednie zastosowanie do zarzutu podniesionego po terminie, jednakże w tym przypadku - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie – zarzut taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Powyższe, w niniejszej sprawie, ma odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp, gdyż zarzut ten – zdaniem Izby - podniesiony został po upływie terminu określonego przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, takich jak - zdaniem Izby - niezasadne zaniechanie udostępnienia/odtajnienia, czy też niezasadne zastrzeżenie informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętej czynności. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź - alternatywnie - o ile jest to uzasadnione okolicznościami faktycznymi - w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty [ofert] w pełnym zakresie – również w tym zastrzeżonym. W niniejszym stanie faktycznym, wykonawcy mogli powziąć informację o okolicznościach stanowiących

podstawę wniesienia odwołania, chociażby w dniu 20 lipca 2012 r., albowiem w tym dniu, z upływem terminu wyznaczonego na otwarcie i złożenie ofert [zgodnie z siwz termin otwarcia ofert godz. 11:30], mogli zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców i w ten sposób zweryfikować poprawność informacji zastrzeżonych przez wykonawców, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz poprawność czynności Zamawiającego związanych z oceną tych informacji. Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się również od daty, od której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności – było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko od daty jej podjęcia przez wykonawcę, tak jak w tym stanie faktycznym, po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba ustaliła, że wnoszącym odwołania wykonawcom po upływie terminu otwarcia ofert – na ich wniosek – oferta wykonawcy Intelcan została udostępniona i tak wykonawca Indra zapoznał się z jej zawartością w dniu 20 lipca 2012 r. a wykonawca Cenrex w dniu 24 lipca 2012 r. Z potwierdzeń znajdujących się w aktach postępowania wynika, że oferta ta została wykonawcom udostępniona w pełnym, żądanym przez nich zakresie. W konkluzji Izba stwierdza - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie – że zarzuty podniesione po terminie nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Tym samym podnoszony w odwołaniach[sygn. akt: KIO 2342/12 i sygn. akt: KIO 2351/12] zarzut naruszenia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp został przez Izbę pozostawiony bez rozpoznania w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 2342/12

Zarzuty w niniejszym odwołaniu zostały skierowane do oferty złożonej przez wykonawcę Intelcan – uznanej za najkorzystniejszą w tym postępowaniu o zamówienie publiczne oraz do oferty Cenrex, która według kryteriów oceny ofert uzyskała w punktacji drugą lokatę.

Rozpoznając zarzuty podniesione w tym odwołaniu w zakresie braku potwierdzenia przez wykonawcę Cenrex oraz przez wykonawcę Intelcan podmiotowych warunków udziału w postępowaniu Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt V.1.1. siwz, każdy z wykonawców był zobowiązany (...) wykazać, iż w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostarczył i uruchomił min. dwa (2)

radary PSR i dwa (2) radary MSSR z modem S w tym jeden (1) kolokowany System radarów (PSR/MSSR z modem S) pracujący na potrzeby kontroli zbliżania lotniska oraz jeden (1) radar PSR (S-band) pracujący z zasięgiem przynajmniej NM i kanałem pogodowym pracującym w całym zasięgu radaru czyli do 80 NM. Zgodnie z postanowieniami pkt VI.1.1 i 1.2. siwz, na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wymagał złożenia wykazu dostaw radarów, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem przedmiotu, dat wykonania i odbiorów oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie - tj. dołączenia dokumentów potwierdzających odbiór końcowy i uruchomienie radarów (np. certyfikat odbioru końcowego urządzenia lub równoważny dokument potwierdzający uruchomienie radaru). Z kolei w pkt VI.3.3 specyfikacji, zdanie drugie, Zamawiający wymagał, aby (...) Wszystkie kserokopie dokumentów załączone do oferty muszą zawierać oświadczenie "za zgodność z oryginałem", zaznaczając w zdaniu pierwszym, że te dokumenty, podobnie jak oświadczenia, muszą być podpisane przez osobę/pełnomocnika umocowanych do reprezentowania wykonawcy".

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty odnośnie braku potwierdzenia przez wykonawcę Cenrex podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, że zarzuty te zasługują częściowo na uwzględnienie w zakresie wskazanym poniżej.

Odwołujący odnośnie oferty wykonawcy Cenrex, stwierdził, że wykonawca ten nie przedstawił zaświadczeń potwierdzających spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, z uwagi na to, że brak jest potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów przedłożonych dla potwierdzenia należytego wykonania dostaw radarów w Manston (strona 12 oferty), radarów w Cardiff (strona 14 oferty), radarów w Belfaście, Wlk. Bryt. (strona 16 oferty), radarów w Gruzji - Tbilisi (strona 20 oferty), radarów na Łotwie (strona 22 oferty), radarów w Irlandii (strona 24 oferty) oraz dostaw radarów w Arabii Saudyjskiej (strona 27 oferty).

W tym przypadku Izba stwierdziła, że na dokumentach referencyjnych brak jest adnotacji, że te dokumenty zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Izba zauważyła jednocześnie, że takie adnotacje widnieją na innych dokumentach, przykładowo takich jak odpis KRS, dokumenty polis czy zaświadczenia z ZUS. W tym miejscu Izba stwierdza, że potwierdzenie dokumentu za zgodność z oryginałem nie wymaga adnotacji na każdym z dokumentów. Zdaniem Izby, nawet przy tak sformułowanym warunku, w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) dopuszczalne jest złożenie jednego, odrębnego oświadczenia, w którym

wykonawca np. wymienia kserokopie dokumentów, na których złożone podpisy uprawnionych osób potwierdzają ich zgodność z oryginałem. Wobec powyższych ustaleń podnoszony zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp jest zasadny, a powyższe dokumenty mogłyby zostać uzupełnione na podstawie wskazanego przepisu.

Wykonawca wskazał również, że dostawa radarów w Gruzji - Tibilisi (strona 20 oferty), na Łotwie oraz w Irlandii nie potwierdza wymaganego terminu realizacji. W tym przypadku Izba stwierdziła, że dostawa radarów w Gruzji - Tibilisi (strona 20 oferty) zrealizowana została 11 grudnia 2008r., a dostawa radarów na Łotwie (strona 22 oferty), zrealizowana została w zakresie „secondary radar station” w Rydze 17 czerwca 2008 r., natomiast w zakresie „secondary radar station” w Ergli 14 maja 2009 r., a dostawa radarów w Irlandii (strona 24 oferty) zrealizowana została 22 maja 2006 r., 5 października 2006 r., 14 maja 2007 r., 19 grudnia 2007 r. i 6 czerwca 2009 r. Powyższe ustalenie wskazuje, że wymienione dostawy zostały zrealizowane wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Tym samym te dostawy nie mogły być uwzględnione przy ocenie warunku z pkt V.1.1. siwz

Nie podlega natomiast uwzględnieniu zarzut, dotyczący braku potwierdzenia należytego wykonania dostaw na rzecz wskazanych powyżej podmiotów. W tym przypadku Izba – uwzględniając orzecznictwo - stwierdza, że potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymaganej wiedzy i doświadczenia jest wykaz wykonanych zamówień – w tym przypadku Wykaz wykonanych radarów. Dokumenty referencyjne mają na celu wyłącznie potwierdzenie, że dostawy wskazane w wykazie zostały wykonane należycie. Zdaniem Izby, do analizy informacji w nim zawartych tylko zarzut nieprawdziwości danych zamieszczonych w Wykazie mógłby stanowić ewentualną podstawę do oceny informacji podanych w dokumencie referencyjnym. W tym miejscu, Izba zwraca uwagę na przepis art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnosnie dostawy radarów w Manston, wnoszący odwołanie stwierdził również, że na dokumencie referencyjnym brak jest podpisu udzielającego zamówienie. W tym przypadku Izba stwierdza, że na kwestionowanym dokumencie str 13 i 39 oferty [raport z odbioru technicznego] widnieją podpisy trzech osób z datą 19.10.2011 r., jednakże w rubryce czwartej oznaczonej jako „Klient” brak jest podpisu – tak np. jak na certyfikacie dotyczącym dostawy w Cardiff czy w Belfaście. Tym samym zarzut ten podlega uwzględnieniu, albowiem wymaga co najmniej wyjaśnienia, w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp, która ze wskazanych osób jest przedstawicielem zleceniodawcy, bądź uzupełnienia dokumentu referencyjnego na

podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu w zakresie braku potwierdzenia przez wykonawcę Intelcan podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzuty – jak poniżej - za niezasadne.

Odwołujący odnośnie oferty wykonawcy Intelcan (pkt V.1.1. siwz), wskazał na brak zaświadczenia potwierdzającego kontrolę podejścia do lotniska oraz na brak w załączniku nr 6 oferty nr 1 (strony 12-19) - w referencjach - wyszczególnienia cech przedmiotu dostawy. Odnośnie tego zarzutu Izba stwierdza, że ten zarzut nie podlega uwzględnieniu, albowiem przede wszystkim w postanowieniu pkt V.1.1. siwz nie wyszczególniono wskazanej w odwołaniu „kontroli podejścia do lotniska”. Warunek ten odnosi się m.in. do radaru „pracującego na potrzeby kontroli zbliżania lotniska”. Tym samym Odwołujący chociażby z tego powodu nie może wymagać, aby przedłożone zaświadczenie potwierdzało kontrolę podejścia do lotniska. Ponadto w dokumentach określonych w pkt VI. 1.1. i 1.2 wskazano – przykładowo - tylko na certyfikaty odbioru końcowego urządzenia lub równoważny dokument potwierdzający uruchomienie radaru, nie definiując, że taki dokument ma zawierać wyszczególnienie cech przedmiotu dostawy. Izba, uwzględniając orzecznictwo, ponownie zauważa że potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia jest wykaz wykonanych zamówień – w tym przypadku Wykaz wykonanych radarów. Dokumenty referencyjne mają na celu wyłącznie potwierdzenie, że dostawy wskazane w wykazie zostały wykonane należyście.

Nie podlegają uwzględnieniu zarzuty odnoszące się do oferty Intelcan oraz oferty Cenrex, a mianowicie – w przypadku oferty Intelcan - związane z brakiem w ofercie pełnomocnictwa dla osoby podpisującej oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust.2b ustawy Pzp, a w przypadku oferty Cenrex – związane z datą pełnomocnictwa dla osoby podpisującej oświadczenia [p. Gilberta Le Borgne] o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci na wskazanej podstawie [art. 26 ust.2b ustawy Pzp]. W tym przypadku Izba przede wszystkim stwierdza, że przepisy ustawy Pzp nie wymagają złożenia dokumentu pełnomocnictwa od podpisującego oświadczenia. Również w zakresie tych zarzutów, Izba stwierdza, że tylko w przypadku zarzutu nieprawdziwości złożonego oświadczenia, bądź istotnych wątpliwości, co do umocowania osoby składającej powyższe wyjaśnienie, Zamawiający mógłby w postępowaniu wyjaśniającym te okoliczności, wymagać przedłożenia stosownego dowodu.

Jednocześnie, w odniesieniu do oferty wykonawcy Cenrex, Izba stwierdza, że na oświadczeniu pochodzącym od firmy Thales Air System S.A. [str 92 oferty] brak jest

adnotacji o jego zgodności z oryginałem. To oznacza, że również ten dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do wadliwej oceny oferty Intelcan oraz oferty Cenrex w kryterium „Budżet zasięgu radaru PSR”, Izba stwierdziła, że tak sformułowany zarzut oparty jest de facto na kwestionowaniu sposobu oceny ofert i zmierza do modyfikacji metodologii oceny ofert w tym kryterium. To oznacza, że zarzut ten nie podlega rozpoznaniu przez Izbę, albowiem w konsekwencji dotyczy postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i tym samym został wniesiony po upływie ustawowych terminów określonych ustawą Pzp. Tym samym także wniosek o powołanie biegłego ds. radarów [eksperta z instytutu BUMAR Elektronika S.A. (d. Centrum Naukowo - Produkcyjne Elektroniki Profesjonalnej RADWAR S.A.)], celem ustalenia czy wzięte pod uwagę przez Zamawiającego dane dla oceny kryterium „Budżet zasięgu radaru PSR” są matematycznie porównywalne oraz w jaki sposób dokonana winna być ocena i porównanie tych danych (w szczególności wypowiedzenia się, co do prawidłowości kalkulacji oceny spełnienia ww. kryterium przedstawionego przez Odwołującego), a ponadto dokonania oceny zgodności oferowanych systemów radarowych przez wykonawców Intelcan Technosystems Inc oraz Cenrex sp. z o.o. z warunkami technicznymi określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji – nie został uwzględniony przez Izbę, z uwagi na przepis art. 190 ust.6 ustawy Pzp. Zdaniem bowiem Izby – w okolicznościach niniejszej sprawy - uwzględnienie tego wniosku prowadziłoby przede wszystkim do nieuzasadnionej zwłoki w rozpoznaniu wskazanego zarzutu i w konsekwencji odwołania. Tak jak wyżej podano kwestionowanie czynności, w tym przypadku związanych z ustaloną treścią Ogłoszenia i specyfikacji mogło nastąpić zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w terminie 10 dni od daty publikacji odpowiednio Ogłoszenia lub specyfikacji [o ile, sporne postanowienie w zakresie sposobu oceny ofert w danym kryterium, zostało w siwz uzupełnione/poszerzone]. Izba stwierdza jednocześnie, że zawarte w odwołaniu tezy, odnoszące się do sposobu obliczenia podanych w ofertach wartości, odpowiadające czynnikowi widoczności oraz współczynnikowi szumu wraz z ich przekonwertowaniem według wytycznych Odwołującego, nie znajdują odzwierciedlenia w treści specyfikacji. Pośrednio, powyższe stanowisko potwierdza, wnoszący odwołanie wykonawca Indra w piśmie z dnia 22 stycznia br, albowiem obok żądania wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów nie wyklucza, że (...) nie istnieje możliwość dokonania obiektywnej oceny ofert przy przyjęciu wybranych przez zamawiającego kryteriów oceny. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że rozpoznaniu przez Izbę – jak wskazano powyżej na art. 192 ust.7 ustawy Pzp - podlegają tylko te zarzuty, który zostały podniesione w odwołaniu i tylko te, które zostały podniesione w terminie określonym ustawą Pzp (art. 182 ustawy Pzp). Izba w tym przypadku na marginesie zauważa, że

wykonawca po złożeniu oferty nie może oczekiwać interpretacji postanowień specyfikacji – zgodnej z jego sugestią, nawet gdyby dane kryterium zawierało wadę – niezasadnie niedookreśloną metodę oceny ofert w tym kryterium – powodującą w konsekwencji nieporównywalność danych z matematycznego punktu widzenia. W ocenie Izby, w świetle specyfikacji, nie było przewidziane – w niniejszym postępowaniu – skierowanym niewątpliwie do wąskiego grona profesjonalistów w tej dziedzinie – „umiarodajnianie” wyliczeń poprzez ich przekonwertowanie w sposób wskazany w odwołaniu. Z tych też względów podnoszony zarzut podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzuty, odnoszące się do warunków technicznych podanych w ofercie przez wykonawcę Intelcan, Izba stwierdziła, że zarzut braku oświadczeń producentów wymaganych w pkt VII ppkt 10 oraz ppkt 12 jest zasadny. Tak jak stwierdziła Izba, wszystkie oświadczenia oznaczone jako „oświadczenia producenta” [zamieszczone w zał. Nr 12, 13 i 14 do oferty] pochodzą od wykonawcy Intelcan Technosystems Inc. Jednocześnie wykonawca ten nie przedłożył upoważnienia do składania takich oświadczeń w miejsce Producenta. Dalsze dokumenty i oświadczenia składane w toku rozprawy *de facto* prowadzą do uzupełnienia wymaganych dokumentów, co jest możliwe, jednakże wyłącznie na żądanie zamawiającego w trybie określonym w art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Izba jednocześnie zauważa, że podkreślana w tych dokumentach współpraca nie może stanowić samodzielnej i dostatecznej podstawy do składania oświadczeń wymaganych od producenta urządzenia.

Również zarzut braku potwierdzenia za zgodność z oryginałem - załączonych do oferty wykonawcy Intelcan - tłumaczeń certyfikatów podlega uwzględnieniu. Tak jak stwierdziła Izba, na karcie w załączniku nr 22 do oferty [str 148 – 153] brak jest adnotacji o potwierdzeniu za zgodność z oryginałem, jak również widnieją parafy bez identyfikacji osoby, od której pochodzą. Podobnie na str 138 [zał. Nr 17]. Tym samym wymienione dokumenty nie mogą służyć dla potwierdzenia, że oferowany produkt jest zgodny z zamówieniem (wymogami technicznymi) i w tym zakresie oferta Intelcan również podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzuty odnoszące się do warunków technicznych podanych przez wykonawcę Cenrex w ofercie, Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie podał, że (...) w Opisie Technicznym Wtórno Radaru Dozorowania RSM970S znajdują się zapisy wskazujące na to, iż przedstawiony przez oferenta produkt nie spełnia technicznych warunków przedmiotu zamówienia”. W tym przypadku wskazał na warunek - "Obszar zasięgu modu S dla MSSR" oraz na warunek „Dokładność azymutowi modu S dla MSSR” i na warunek "Surveillance Coordination Network (SCN) i Data Link". Odnośnie pierwszego z

warunków [”Obszar zasięgu modu S dla MSSR”] Izba stwierdziła, że w pkt SSR_4.3.1.1_1 [formularz F03-KP-AWP-01 str 44] podano, że (...) Radar MSSR musi zapewniać ciągle nieprzerwane pokrycie dla [M] 360 °azymutu i zasięgu od 0,5 NM do co najmniej 256 NM z wyłączeniem przesłoneń przez sztuczne konstrukcje i przeszkody terenowe”. Wnoszący odwołanie stwierdził natomiast, że (...) Dokumentacja przetargowa wskazuje na wymóg zasięgu Modu S dla MSSR o wartości 256 NM z minimalną prędkością obrotu anteny równą $12,3 \pm 0,2$ rpm”. Podał również, że (...) Zgodnie z opisem technicznym zawartym w ofercie Cenrex sp. z o.o. ustawienia modu S wskazują jedynie 200 NM przy pełnej funkcjonalności EMS, łącznie z Kanałem Transmisji Danych. Powyższe twierdzenie nie zostało poparte żadnymi dowodami, wymaganymi art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Także nie dowodzi tego przedstawiona opinia oznaczona jako „Niezgodność techniczna” [pismo bez daty – skierowane do Prezesa KIO z podpisem radcy prawnego i parafowane przez niezidentyfikowaną osobę]. W treści tej informacji wskazano na pkt SSR_4.3.1.1_1 i nie wykluczono, że pozytywna realizacja tego warunku (...) ma miejsce przy pełnej funkcjonalności EMS włącznie z Data link Mode S (...), nie wyjaśniając z jakiego powodu tylko obrót anteny z prędkością 12 obr./min. w Trybie S może zostać zakwalifikowany jako zgodny ze wskazanym warunkiem. Co do drugiego warunku - [„Dokładność azymutowi modu S dla MSSR”] Izba stwierdziła, że w pkt SSR_4.3.1.5_2 [formularz F03-KP-AWP-01 str 44] podano, że „(i) Wszystkie błędy przypadkowe w azymucie muszą być mniejsze niż 0.068 °(sigma)”. Zgodnie z opisem technicznym zawartym w ofercie wykonawcy Cenrex sp. z o.o. [str 97] w zakresie dokładności azymutu podano wielkość $< 0,1$ °. Wskazano jednocześnie na standardowe odchylenie 0.068 °, jednakże podano, że jest ono przede wszystkim równe 0.068 °, co nie było dopuszczone wskazanym warunkiem. Co do warunku ”Surveillance Coordination Network (SCN) i Data Link”wnoszący odwołanie podał, że (...) Warunki opisane jako obligatoryjne zostały przedstawione przez wykonawcę Cenrex sp. z o.o. jako Opcje”. Ta okoliczność została przyznana przez wykonawcę Cenrex, który jednocześnie nie wskazał, które z postanowień SSR uprawniało wykonawcę do opcjonalnego przedstawienia funkcjonalności, podając jednocześnie [pismo z dnia 2.11.2013 r.(str ostatnia akapit 1), że (...) w zależności od liczby i konfiguracji wyjść w Centrum Kontroli Ruchu Powietrznego, ich implementacja może bowiem wymagać dodatkowych interfejsów (LINES)”. W podsumowaniu ustaleń związanych z zaskarżonymi warunkami technicznymi podanymi przez wykonawcę Cenrex w ofercie, Izba stwierdza, że w zakresie drugiego i trzeciego ze wskazanych warunków, przed podjęciem ostatecznej decyzji [np. o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp], Zamawiający powinien w pierwszej kolejności zastosować procedurę wynikającą z art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że częściowe uwzględnienie zarzutów podnoszonych w

odwołaniu zarówno, co do oferty wykonawcy Intelcan jak i odnośnie oferty wykonawcy Cenrex wskazuje, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp - z uwagi na błędny – na tym etapie postępowania - wybór jako najkorzystniejszej oferty Intelcan Technosystems Inc - jest również zasadny. Natomiast wobec możliwości zastosowania – tak jak wskazano powyżej - procedury określonej art. 26 ust.3 i ust.4 oraz art. 87 ustawy Pzp, nie podlega uwzględnieniu podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1), 2) 5) ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 2351/12

Zarzuty w niniejszym odwołaniu zostały skierowane do oferty złożonej przez wykonawcę Intelcan – uznanej za najkorzystniejszą w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Tak jak wskazano powyżej, podnoszony w tym odwołaniu zarzut naruszenia art. 8 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp został pozostawiony bez rozpoznania w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzuty dotyczące warunków technicznych, Izba stwierdziła, co następuje:

Pierwszy z zarzutów dotyczy niezgodności treści oferty Intelcan w zakresie pkt 3.1.3 PSR_3.1.3_1.; str. 23 SF-T [formularz F03-KP- AWP-01; dalej: "SF-T" - dokładność określenia pozycji obiektów]. Tak jak ustaliła Izba, zgodnie z tym postanowieniem Zamawiający wymagał, aby zaoferowany radar PSR charakteryzował się parametrem przypadkowego błędu określenia odległości na poziomie równym lub mniejszym niż 100 m (wymaganie). Powyższe wymaganie zostało przez Zamawiającego określone jako obligatoryjne. W ofercie - Karta podstawowych parametrów radarów - Parametry PSR dla modelu / PSR (str 149 – zał. nr 22) wykonawca podał, że oferowany radar RL2000 cechuje się parametrem przypadkowego błędu określania odległości (na poziomie niższym niż 120m. Oznacza to, że przypadkowy błąd określania odległości dla oferowanego przez INTELSCAN radaru RL2000 przekracza dopuszczalny, zgodnie z treścią PSR_3.1.3_1 SF-T, poziom błędu o odległość 20m. Powyższa okoliczność została przyznana przez wykonawcę Intelcan, jednakże stwierdził on jednocześnie [pismo z dnia 2.11. 2013 r.), że wskazana nieprawidłowo wartość jest skutkiem przypadkowego błędu, albowiem inne załączone do oferty dokumenty – „matryca zgodności” oraz dokument „Y7252A –RL-2000 RADAR, Section 1.1.”MainParameters”, bezspornie potwierdzają wymagany parametr. W tym przypadku Izba, uwzględniając art. 190 ust.1 ustawy Pzp uznała, że wykonawca wykazał, że podana w załączniku nr 22 (str 149 oferty) wartość parametru przypadkowego błędu określenia odległości została wpisana omyłkowo i może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust.2 pkt 1

ustawy Pzp. Drugi z zarzutów dotyczy niezgodności treści oferty w zakresie pkt 4.3.3.1. SF-T (interfejsy systemu radarowego). Zgodnie z tym postanowieniem Zamawiający wymagał, aby system radaru modu S [radar MSSR] spełniał wymagania określone m.in. w dokumentach referencyjnych [Ref. 6]. Z treści Załącznika nr 22 do oferty INTELCAN, tabela Parametry MSSR dla modelu/MSSR (str. 153 oferty, ostatnia pozycja tabeli)” wynika zdaniem Odwołującego, że (...) zaoferowany przez INTELCAN radar MSSR nie wspiera kategorii 17 i 18 Asterix danych wyjściowych. Izba stwierdziła, że na wskazanej stronie 153 oferty (zał. Nr 22) zostały wymienione tylko kategorie Asterix 01, 02,34,48. Jednocześnie w przystąpieniu (pismo z dnia 7.11. 2013 r. str 14 pkt VII.2.) wykonawca Intelcan podał, że (...) Wykorzystanie kategorii Asterix 17 i Asterix 18 jest opisane w dokumencie ZG057 A - [zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa- dokument w języku angielskim]- zał. Nr 26 do dokumentacji technicznej. Z akt sprawy wynika, że wyciąg z jakiegoś dokumentu - jego polska wersja [str 856, 874, 877, 879, 909, 924] został przedłożony w toku rozprawy i w jego treści jest odesłanie do kategorii 17 i 18 Asterix. Jednakże zdaniem Izby na podstawie akt sprawy odwoławczej z rozprawy z dnia 7.11.2012 r., z dnia 22.11. 2012 r. oraz z dnia 7.12.2012 r. załączonych do akt niniejszej sprawy, na przedłożonych kartach tłumaczenia brak jest opisu, albo chociażby zaznaczenia na danej karcie tłumaczenia, że jest to wyciąg z oferty Intelcan.

Izba na podstawie takiego materiału dowodowego nie może bezspornie rozstrzygnąć, że strony wskazane pochodzą z oferty wykonawcy Intelcan i tym samym Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie sporne okoliczności, co do tego warunku podlegają wyjaśnieniu przez Zamawiającego w trybie określonym art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Intelcan z postępowania oraz zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających fakt należytego wykonania dostaw radarów Izba stwierdziła, że zarzut ten jest zasadny i podlega uwzględnieniu. Tak jak ustaliła Izba, co wskazano powyżej, Zamawiający w rozdziale V pkt 1.1. specyfikacji (...) wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, iż w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostarczył i uruchomił min. dwa (2) radary PSR i dwa (2) radary MSSR z modem S w tym jeden (1) kolokowany System radarów (PSR/MSSR z modem S) pracujący na potrzeby kontroli zbliżania lotniska oraz jeden (1) radar PSR (S-band) pracujący z zasięgiem przynajmniej NM i kanałem pogodowym pracującym w całym zasięgu radaru czyli do 80 NM. Wymagał również - zgodnie z postanowieniami rozdziału VI pkt 1.1 i 1.2. siwz - na potwierdzenie spełnienia tego warunku złożenia wykazu dostaw radarów, wykonanych w

okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem przedmiotu dat wykonania i odbiorów oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie. Wykonawca Intelcan, na potwierdzenie tego warunku wskazał w Wykazie wykonanych dostaw cztery zadania, w tym m.in. dostawę kolokowanego systemu radarów PSR/MSR pracującego na potrzeby kontroli zbliżania lotniska - zrealizowaną na rzecz (1) CivilAviation Authority i Suriname (poz. 1 Wykazu) oraz (2) na rzecz Presidency of the Republic of Equatorial Gwinea (poz. 2 Wykazu), jednakże w poz. 4 Wykazu nie określił nazwy podmiotu na rzecz którego została zrealizowana dostawa, w tym przypadku określono tylko adres siedziby (no. 46 Yingbin Road, Urumqi, Xinjiang 8300 16 P.R. China; poz. 4 Wykazu). Na potwierdzenie, że dostawy zostały wykonane należycie, wykonawca ten dla dostawy wskazanej w poz. nr 1 Wykazu – załączył System Commission Certificate (zgodnie z załączonym tłumaczeniem - Certyfikat Odbioru Systemu) wystawiony przez Departament Lotnictwa Cywilnego Ministerstwa Transportu Łączności i Turystyki w imieniu Islamskiego Banku Rozwoju oraz o Flight CheckFinal Report (zgodnie z tłumaczeniem -Test z powietrza Raport Końcowy) wystawiony przez ASCENA. Dla dostawy z poz. nr 2 Wykazu – Provisional Completion Certificate (tłumaczenie - Tymczasowe Świadczenie Ukończenia) wystawione przez Prezydencję Republiki Gwinei Równikowej, a dla dostawy z poz. nr 4 Wykazu - oświadczenie o należyтым wykonaniu przez ELDIS dostawy radarów RL-2000 oraz MSSR-1 (referencje) wystawione przez nieoznaczony podmiot. Załączył również dla tej dostawy dokument w języku angielskim - bez wymaganego specyfikacją tłumaczenia na język polski - oznaczony jako TEST REPORT SAT, którego wystawcą jest (być może) ELDIS Pardubice, s.r.o (w lewym górnym rogu dokumentu jest oznaczenie o tej treści). Odnośnie dostawy wymienionej w poz. 1 Wykazu – dostawa realizowana odpowiednio (poz.1) na rzecz Władzy Lotnictwa Cywilnego (Surinam) - Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W tym przypadku miała na uwadze oświadczenie złożone przez wystawcę tego dokumentu referencyjnego, w którym (...) zaświadcza że odebrał urządzenia i usługi po przeprowadzeniu wyczerpujących testów dostarczonego systemu w ramach kontraktu (...), podając jednocześnie, że odbiór ten nastąpił na podstawie dokumentów odbioru końcowego oraz, że (...) w rezultacie w. wym. testów systemy i usługi zostały zaakceptowane i odebrane przez kupującego”. Zdaniem Izby, treść tego dokumentu nie pozwala domniemywać, że zamiarem odbiorcy nie było potwierdzenie odbioru końcowego radaru. Odnośnie dostawy realizowanej na rzecz Prezydencji Gwinei Równikowej (poz.2 Wykazu), Izba stwierdza, że przedłożone dokumenty referencyjne nie potwierdzają należytego wykonania tych dostaw, tak jak wymagał tego Zamawiający. W tym przypadku wykonawca przedłożył wyłącznie tymczasowe świadectwo ukończenia, podczas gdy Zamawiający wymagał, co najmniej dokumentu potwierdzającego odbiór końcowy dostawy lub równoważnego dokumentu

potwierdzającego uruchomienie radaru. Odnośnie dostawy wymienionej pod poz. nr 4 Wykazu - dostawy zrealizowane w Chińskiej Republice Ludowej – Izba przede wszystkim stwierdza, że w kolumnie 4 formularza wykonawca nie podał nazwy zleceniodawcy – podmiotu na rzecz, którego była realizowana dostawa. Izba podzieliła stanowisko wnoszącego odwołanie, że ta okoliczność uniemożliwia prawidłową weryfikację innych informacji związanych z tym warunkiem, chociażby podmiotu wystawiającego dokument referencyjny. Izba stwierdza ponadto, że także dokumenty załączone na potwierdzenie należytego wykonania dostaw nie mogą być uznane za prawidłowe. Tak jak Izba wskazała treść dokumentu referencyjnego nie pozwala ustalić, kto jest jego wystawcą, a dokument zatytułowany TEST REPORT SAT (str. 25 - 29 oferty Intelcan) został przedłożony wyłącznie w języku angielskim, bez stosownego tłumaczenia na język polski i także nie można ustalić, jakie okoliczności ten dokument ma potwierdzać i kto jest jego de facto wystawcą. Także drugi z dokumentów - oświadczenie, złożone przez Pana C..... Y..... - oznaczone jako Referencje, nie może być uznany za potwierdzający należyte wykonanie dostawy. Tak jak słusznie stwierdził Odwołujący, na podstawie treści tego dokumentu referencyjnego nie jest możliwe ustalenie, od jakiego podmiotu ten dokument pochodzi, i tym samym brak jest również możliwości weryfikacji treści tego dokumentu, chociażby, czy ten podmiot, w imieniu którego składane jest oświadczenie, jest odbiorcą dostawy wymienionej w poz. 4 Wykazu. Jednocześnie Izba, mając na uwadze wskazany przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp, nie podzieliła poglądu wnoszącego odwołanie wykonawcy, że treść tego dokumentu referencyjnego zawiera nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Kwestionując prawdziwość zawartych w nim stwierdzeń, co do statusu ELDIS [jako zatwierdzonego dostawcy Zarządu Lotnictwa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej (CAA - CivilAviation Administration)], Odwołujący stwierdził, że (...) lista zatwierdzonych przez Zarząd Lotnictwa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej (aktualna nazwa angielska: Civil Aviation Administration of China - CAAC) jest dostępna na stronie internetowej prowadzonej przez Centrum Techniczne Wydziału Kontroli Ruchu Powietrznego Lotnictwa Cywilnego. Lista ta zawiera szczegółowe informacje o dostawcach sprzętu oraz wystawionych na ich rzecz certyfikatach dopuszczenia do użytkowania urządzeń nadzoru nawigacyjnego w cywilnym ruchu powietrznym. Jest ona dostępna pod adresem: <http://jszx.atmb.net.cn:8080/xkw-cms/jsp/cms/article/static/2010-07-19/197.html>.”

Podał również, że (...) Za pośrednictwem wskazanej witryny internetowej istnieje możliwość samodzielnej weryfikacji przez każdego zainteresowanego, czy oferowany przez oznaczonego dostawcę sprzęt nawigacyjny posiada certyfikat dopuszczenia do użytkowania. Strona ta jest jednak prowadzona w języku chińskim”. W tym kontekście podkreślił, że w bazie danych CAAC brak jest informacji, aby na rzecz wykonawcy Intelcan lub też ELDIS był wydawany jakikolwiek certyfikat dopuszczenia do użytkowania urządzeń nadzoru

nawigacyjnego w cywilnym ruchu powietrznym. Zdaniem Izby, brak możliwości odczytania informacji ze wskazanej strony internetowej można kwalifikować jako przeszkodę, możliwą do przewyciężenia przy pomocy tłumacza języka chińskiego, a nie jako dowód na okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji.

Powyższe ustalenia wskazują, że Zamawiający w zakresie poz. 2 i 4 Wykazu ma możliwość zastosowania procedury określonej przepisem art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Intelcan oraz zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających brak karalności wszystkich członków zarządu spółki, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba stwierdziła przede wszystkim, że zarzut braku przedłożenia spornego dokumentu dla wszystkich członków zarządu spółki jest zasadny. Zdaniem Izby, z dokumentu przedstawionego przez Odwołującego, bezspornie wynika, że w tej spółce aktualnie zarząd składa się z pięciu osób t. j. Panów G..... A....., P..... W....., Z..... G....., Pan R..... W..... oraz M..... W..... Za taki dokument Izba uznała wyciąg z rejestru Corporations Canada - Federalnej Ewidencji Informacji o Działalności Gospodarczej, gdyż w ocenie Izby informacjom w nim zawartym należy dać pierwszeństwo w ustalaniu danych o organie zarządzającym. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że na dzień składania ofert także Pani P..... L..... Y..... [wiceprezes, dyrektor ds. finansowych] została wymieniona przez wykonawcę Intelcan jak członek zarządu. Jednocześnie Izba stwierdza, że wykonawca Intelcan twierdząc, że zarząd spółki jest trzyosobowy opierał się nie tylko na przepisach ogólnych ale również na regulacjach wewnętrznych spółki, oraz na opiniach prawnych, w tym kanadyjskich prawników. Powyższa interpretacja przepisów, zdaniem Izby, nie była skutkiem zamierzonego nie ujawniania wszystkich osób wchodzących w skład zarządu, spowodowana brakiem możliwości złożenia przez wykonawcę Intelcan wymaganego oświadczenia, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Izba zauważa także, że Odwołujący odnosnie pominiętych przez wykonawcę członków zarządu nie podnosił w odwołaniu ich karalności, regulowanej art. 24 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp. Izba stwierdza także, że oświadczenie – str 98 oferty – tłumaczenie – Pani P..... L..... Y..... złożyła przez notariuszem B..... F..... L..... – O....., a nie jak stwierdził Odwołujący przed sobą samą. Izba stwierdza również, że z treści informacji, znajdujących się przy pieczęci notariusza - Pani P..... L..... Y..... – nie można wywodzić, że wykonawca Intelcan nie jest uprawniony w niniejszym postępowaniu posługiwać się wskazanymi dokumentami poświadczonymi przez notariusza Panią L..... Y..... Zdaniem Izby, może to dowodzić tylko, że wskazane ograniczenie informuje, że ten notariusz jest uprawniony do wypowiedzania się – z jakiegoś powodu - tylko w sprawach tego podmiotu. Izba na

marginesie zauważa, że wykonawca w odwołaniu nie kwestionuje wiarygodności notariusza. Tym samym widniejące w okolicach pieczęci notariusza - Pani P..... L..... Y..... - ograniczenie uprawnień, nie wyłącza możliwości uznania za skuteczne oświadczeń o braku karalności przed nią złożonych, które zostały skierowane do Zamawiającego w ofercie.

W konkluzji Izba stwierdza, że – w okolicznościach niniejszej sprawy – nie podlega uwzględnieniu zarzut złożenia przez wykonawcę Intelcan nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, o których stanowi art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Podlega natomiast uwzględnieniu zarzut nie potwierdzenia w pełnym zakresie przez wykonawcę Intelcan warunku określonego w rozdziale VI pkt 2.4 specyfikacji, z uwagi na brak przedłożenia wymaganych dokumentów dla wszystkich członków zarządu i ta okoliczność powinna skutkować wezwaniem wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Podlega również uwzględnieniu zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy Intelcan do uzupełnienia opłaconej polisy od odpowiedzialności cywilnej. Tak jak ustaliła Izba, w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 10.000.000,00 zł (rozdział V pkt 1.2. siwz). Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy byli zobligowani przedłożyć kopię opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 10 000 000,00 zł, aktualną w terminie składania ofert. Jednocześnie w sytuacji, gdyby z samej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie nie wynikał fakt opłacenia składki ubezpieczeniowej, wykonawcy byli zobligowani dołączyć do oferty także dowód opłacenia takiej składki (rozdział VI pkt 1.3. siwz). W stanie faktycznym niniejszej sprawy wykonawca Intelcan nie przedłożył kopii opłaconej polisy, wymaganej pkt VI. ppkt 1.3 specyfikacji. W miejsce polisy (str. 110-111 oferty) wykonawca ten przedstawił oświadczenie brokera ubezpieczeniowego z dnia 7 czerwca 2012 r., w którym stwierdzono, że wykonawca Intelcan jest obecnie ubezpieczony w kilku różnych firmach ubezpieczeniowych. W tym piśmie odwołano się do zaświadczenia oznaczonego w nawiasie jako „Polisa nr 215011332-ON-11” podając, że jest ono załączone. Podano również, że (...) Niniejszym poświadczają się, że krajowe i międzynarodowe ubezpieczenie Intelcan Technosystem Inc., którego polisy pokrywają wszystkie realizowane projekty przez Intelcan Technosystem Inc. zostało opłacone w pełni za lata 2011/2012. Wskazane w oświadczeniu brokera zaświadczenie (str 110 -111 oferty) zostało wystawione z datą 4 lipca 2012 r. i zdaniem Izby nie jest to

zaświadczenie wystawione przez ubezpieczyciela, lecz dalej wystawiającym jest broker ubezpieczeniowy. W treści tego dokumentu została wymieniona tylko jedna polisa, aczkolwiek w piśmie z dnia 7 czerwca 2012 r., broker, powołujący się na dokument z datą późniejszą [jeszcze niewystawiony] z dnia 4 lipca 2012 r., informuje o polisach [w liczbie mnogiej]. W tym dokumencie z dnia 4.07.2012 r. nie zawarto również informacji potwierdzającej, że polisa – każda z polis - została opłacona. Stąd zdaniem Izby, powyższe oświadczenia cechuje, co najmniej bardzo ograniczona mocą dowodowa, na co wskazywał Odwołujący. Izba podzieliła również pogląd Odwołującego, że przedłożone oświadczenie brokera ubezpieczeniowego nie może być uznane – szczególnie w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy – za inny dokument potwierdzający ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Izba zwraca także uwagę, że ustawa Pzp w art. 26 ust.2c przyznaje wykonawcy prawo do przedstawienia w ofercie innego dokumentu, aniżeli wskazał zamawiający, tylko w przypadku uzasadnionej przyczyny i taki dokument w wystarczający sposób musi potwierdzać wymagany warunek. Powyższe ustalenia powodują, że wykonawca Intelcan nie potwierdził warunku wskazanego w rozdziale V pkt 1.2. siwz i tym samym na tym etapie postępowania do oferty tego wykonawcy powinna zostać zastosowana procedura określona art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że częściowe uwzględnienie zarzutów podnoszonych w odwołaniu sygn. akt: KIO 2351/12 wskazuje - podobnie jak w odwołaniu sygn. akt: KIO 2342/12 - na błędną – na tym etapie postępowania - ocenę oferty wykonawcy Intelcan, jednakże wobec możliwości zastosowania procedury określonej art. 26 ust.3 i art. 87 ustawy Pzp - tak jak wskazano powyżej – podlega oddaleniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt, 2) ustawy Pzp.

Tym samym, Izba stwierdza, że w odwołaniu:

- 1) sygn. akt: KIO 2342/12 i sygn. akt: KIO 2351/12 zarzut naruszenia art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp został przez Izbę pozostawiony bez rozpoznania w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 182 ust.3 ustawy Pzp;
- 2) sygn. akt: KIO 2342/12 - częściowe uwzględnienie zarzutów podnoszonych w odwołaniu wskazuje, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp z uwagi na błędny – na tym etapie postępowania - wybór, jako najkorzystniejszej oferty Intelcan Technosystems Inc jest zasadny. Natomiast wobec możliwości zastosowania procedury określonej art. 26 ust.3 i art. 87 ustawy Pzp - tak jak wskazano powyżej – nie podlega

uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1), 2) 5) ustawy Pzp;

- 3) sygn. akt: KIO 2351/12 - podlega uwzględnieniu w zakresie wskazanym powyżej zarzut naruszenia art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp. Nie podlega natomiast uwzględnieniu – na tym etapie postępowania - zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając również art. 358 § 2 kodeksu cywilnego.

Przewodniczący:

.....

.....