

WYROK

z dnia 24 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2013 r. przez **TTcomm Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową Nr 4724 w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **KENBIT Koenig i Wspólnicy Spółka Jawna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Jednostce Wojskowej Nr 4724 w Krakowie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty złożonej przez **KENBIT Koenig i Wspólnicy Spółka Jawna w Warszawie**
2. kosztami postępowania obciąża **Jednostkę Wojskową Nr 4724 w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TTcomm Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Jednostki Wojskowej Nr 4724 w Krakowie** na rzecz **TTcomm Spółkę Akcyjną w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 4724 w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę system VSAT 5 kpl. – terminali satelitarnych typu MASTER i SLAVE wraz z usługą integracji na potrzeby systemu teletransmisji z wykorzystaniem łączy satelitarnych eksploatowanego w ramach systemu dowodzenia wojskami specjalnymi.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 10 maja 2013 roku wykonawca TTcomm SA wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp mających wpływ na wynik postępowania poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty Kenbit była i jest niezgodna z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia i opisem przedmiotu zamówienia, co też zamawiający przyznał w zawiadomieniu z dnia 21 lutego 2013 roku, a oferta TTcomm pozostaje ofertą ważną i najkorzystniejszą;
- b) naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwą wykładnię wyroku z dnia 14 marca 2013 (KIO 487/13) i powtórne badanie i ocenę oferty Kenbit;
- c) naruszenie art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Kenbit, której termin związania upłynął i nie został przedłużony, jak i nie nastąpiło przedłużenie terminu ważności wadium tejże oferty;
- d) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania - w tym podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych — zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości —

wyrażające się w szczególności na „przywróceniu” przez zamawiającego oferty Kenbit do postępowania;

e) naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niepoinformowanie odwołującego, o swoistym „przywróceniu” przez zamawiającego oferty Kenbit do postępowania, jak i nieujawnienie treści „oświadczenia osoby” z dnia 10 kwietnia 2013 roku, na które powołuje się w uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 30 kwietnia 2013 roku;

f) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca TTcomm wykazał spełnienie tychże warunków;

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 30 kwietnia lutego 2013 roku polegających na: (i) wyborze oferty Kenbit jako najkorzystniejszej (ii) odrzuceniu oferty TTcomm S.A. i wykluczeniu odwołującego z postępowania;
2. nakazanie zamawiającemu przywrócenia odwołującego do postępowania;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty TTcomm;
4. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako jedynej ważnej w postępowaniu i najkorzystniejszej;
5. nakazanie unieważnienia postępowania — wniosek składany z ostrożności procesowej, w przypadku podzielenia przez Izbę stanowiska zamawiającego, iż oferta TTcomm podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż w dniu 21 lutego 2013 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, na skutek odrzucenia oferty TTcomm S.A. oraz oferty wykonawcy Kenbit. W ocenie zamawiającego oferta odwołującego, jak i oferta Kenbit podlegały odrzuceniu ze względu na niezgodność treści oferty z zapisami SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia.

W dniu 4 marca 2013r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego: odrzucenia oferty TTcomm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wykonawca Kenbit nie wniósł odwołania wobec czynności zamawiającego z dnia 21 lutego 2013 r. odnośnie odrzucenia oferty Kenbit na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 14 marca 2013 roku (sygn. akt 487/13) Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „KIO”) uwzględniła odwołanie TTcomm i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zawiadomienia tego wykonawcy (TTcomm) o poprawieniu w jego ofercie oczywistej omyłki pisarskiej i innych omyłek.

Dnia 27 marca 2013 roku odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu ważności wadium oraz na przedłużenie terminu związania ofertą, w związku z wezwaniem zamawiającego.

Dnia 9 kwietnia 2013 roku zamawiający wniósł skargę na wyrok do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Dnia 5 kwietnia 2013 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, w tym wykazu osób realizujących poszczególne zadania w postępowaniu. W dniu 11 kwietnia 2013 roku odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia i uzupełnienie dokumentów.

Dnia 15 kwietnia 2013 roku Zamawiający zwrócił się z ponowną prośbą o wyjaśnienie treści oferty. W dniu 17 kwietnia 2013 roku odwołujący przedłożył stosowne wyjaśnienia.

Dnia 23 kwietnia 2013 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień i oświadczeń. W wyznaczonym terminie (24 kwietnia, zaledwie 1 dzień od wezwania) odwołujący nie odpowiedział na niniejsze wezwanie uznając, za wiążące i adekwatne wyjaśnienia i oświadczenia złożone w pismach z dnia 11 i 17 kwietnia 2013 roku.

Dnia 30 kwietnia 2013 roku zamawiający dokonał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, informując, iż zgodnie z wyrokiem po powtórzonym badaniu i ocenie ofert, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Kenbit, uznając, iż jest jedyną ważną ofertą, która wpłynęła na realizację zamówienia oraz jest zgodna z SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty TTcomm S.A. z uwagi na wykluczenie odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. a z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty Kenbit była i jest niezgodna z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia i opisem przedmiotu zamówienia ustawy Pzp, co też zamawiający przyznał w zawiadomieniu z dnia 21 lutego 2013 roku, a oferta TTcomm pozostaje ofertą ważną i najkorzystniejszą oraz zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP poprzez niewłaściwą wykładnię wyroku z dnia 14 marca 2013 (KIO 487/13) i powtórne badanie i ocenę oferty Kenbit

Mając na uwadze treść zawiadomienia zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2013 roku w tym jego uzasadnienie, doszło w ocenie zamawiającego do zgodnego z wyrokiem z dnia 14 marca 2013 roku powtórnego badania i oceny ofert. Po powtórnym badaniu i ocenie ofert zamawiający dokonał wyboru oferty Kenbit jako oferty najkorzystniejszej uzasadniając, iż oferta ta jest jedyną ważną ofertą, która wpłynęła na realizację zamówienia oraz jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Dokonane przez zamawiającego czynności: powtórne badanie oferty Kenbit, wybór oferty Kenbit jako oferty najkorzystniejszej, stanowią rażące naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp, jak i samodzielne naruszenie elementarnych zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 -3 PZP.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Kenbit, której termin związania upłynął i nie został przedłużony, jak i nie nastąpiło przedłużenie terminu ważności wadium tejże oferty odwołujący podniósł, iż brak jest jakichkolwiek informacji ze strony zamawiającego, aby skierował do wykonawcy Kenbit wezwanie do przedłużenia terminu ważności wadium oraz przedłużenia terminu związania ofertą. Brak jest również informacji, aby Kenbit dokonał samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą (termin związania ofertą wygasł na początku kwietnia 2013 roku).

W zakresie zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż nie został poinformowany o swoistym „przywróceniu” przez zamawiającego oferty Kenbit do postępowania oraz nie ujawniono mu treści „oświadczenia osoby” z dnia 10 kwietnia 2013 roku, na które powołuje się zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 30 kwietnia 2013 roku. Odwołujący uważa za niedopuszczalne, aby zamawiający przez blisko 2 miesiące, tj. od dnia pierwszego zawiadomienia z dnia 21 lutego 2013 roku o odrzuceniu ofert wykonawców TTcomm i Kenbit i unieważnieniu postępowania do dnia drugiego

zawiadomienia z dnia 30 kwietnia 2013 roku o wyborze oferty Kenbit jak najkorzystniejszej nie wiedział, iż zamawiający „uważa” ofertę Kenbit za ważną, o stosownie przedłużonym terminie związania ofertą i należycie zabezpieczoną wadium pomimo, że wykonawca Kenbit nie uczynił nic, aby być do postępowania przywróconym, i aby jego oferta mogła być poddana ponownej ocenie. Wymienione zaniechania zamawiającego stanowią klasyczne naruszenie zasady jawności i sprawiają, iż odwołujący musi się niejako domyślać jakich innych naruszeń i zaniechań dopuścił się zamawiający w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 15 kwietnia 2013 roku oraz w uzasadnieniu zawiadomienia powołuje się na oświadczenie od Pana S..... C..... otrzymane w dniu 10 kwietnia 2013 roku (pismo nr 3187/13) w sprawie certyfikatów dot. tłumacza szkoleń Firmy ND SatCom GmbH i zastrzeżenia do udostępniania certyfikatów wszystkich innych firm niż ND SatCom GmbH. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie ujawnił odwołującemu treści ww. oświadczenia, ani też nie załączył kopii ww. oświadczenia do wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 15 kwietnia 2013 roku. Odwołujący do dzisiaj nie wie jaka jest treść ww. oświadczenia i w związku z czym zostało ono złożone, może co najwyżej opierać się na swoich domysłach.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący wskazał, iż sprzeczne z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą - jak TTcomm (wobec której ofert zamawiający zachowuje wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją niezwiązanych — jak oferta Kenbit, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności czy ofertę zrealizują i którzy mogą w tym przedmiocie wielokrotnie zmieniać zdanie. W sytuacji w której oferta jednego z wykonawcy — jak oferta TTcomm - zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp a następnie przywrócona do postępowania w wyniku uwzględnionego w wyroku odwołania TTcomm, a oferta drugiego wykonawcy — jak oferta Kenbit - zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a następnie przywrócona do postępowania, w wyniku rzekomej wykładni wyroku i szeregu innych czynności zamawiającego, wyłącznie zamawiającemu wiadomym, nie sposób nie mówić o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca TTcomm wykazał spełnienie tychże warunków

odwołujący wskazał, iż w ocenie zamawiającego Odwołujący zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu musiał między innymi wykazać się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Każda z osób uczestniczących w realizacji wsparcia technicznego musiała posiadać odpowiednie przeszkolenia i certyfikaty. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego „Specjalista skierowany do realizacji wsparcia technicznego powinien posiadać wszelkie wymagane w OPZ certyfikaty i doświadczenie. Zamawiający nie dopuszczał kierowania grupy dwóch lub więcej specjalistów posiadających łącznie (razem) wymagane w OPZ certyfikaty.

Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu:

- a) Odwołujący wskazując pierwszego inżyniera współwiodącego nie wykazał dysponowania przez tą osobę certyfikatem CCSP oraz SkyWAN NetWork Operator (ich brak potwierdza zdaniem zamawiającego odwołujący w piśmie z dnia 17 kwietnia 2013 roku);
- b) Odwołujący wskazując drugiego inżyniera współwiodącego nie wykazał możliwości dysponowania dla tej osoby certyfikatami umożliwiającymi realizację usługi wsparcia technicznego w przytoczonym postępowaniu.

Zdaniem odwołującego ocena zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jest nietrafna i wynika przede wszystkim z błędnej interpretacji wyjaśnień odwołującego z dnia 17 kwietnia 2012 roku (Załącznik nr 7).

W wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2013 roku odwołujący oświadczył, iż Pan A..... M..... zgodnie z „Wykazem osób wykonujących zadania dostawy, integracji, wsparcia technicznego szkolenia i tłumaczenia” posiada wszystkie wymienione aktualne certyfikaty CISCO, poza certyfikatem Cisco - CCSP. Jednocześnie wykonawca oświadczył, iż Pan S..... C..... (wówczas pracownik ASTRI) na dzień złożenia oferty TTcomm S.A. tj. 04.02.2012 posiadał wszystkie wymienione aktualne certyfikaty CISCO, w tym certyfikat Cisco — CCSP. Zarzut zamawiającego, iż TTcomm nie wykazał dysponowania przez pierwszego inżyniera współwiodącego certyfikatem CCSP jest chybiony.

W wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2013 roku odwołujący oświadczył, iż Pan A..... M..... na dzień złożenia oferty tj. 04.02.2013r. posiadał wszystkie wymagane certyfikaty SkyWAN, poza certyfikatem SkyWAN Network Operator.

Jednocześnie wykonawca oświadczył, iż Pan S..... C..... (wówczas pracownik ASTRI) na dzień złożenia oferty TTcomm S.A. tj. 04.02.2012 posiadał wszystkie wymienione aktualne certyfikaty SkyWAN, w tym certyfikat SkyWAN Network Operator. Zarzut Zamawiającego, iż TTcomm nie wykazał dysponowania przez pierwszego inżyniera współwiodącego certyfikatem SkyWAN Network Operator jest chybiony.

W wykazie osób realizujących wsparcie techniczne odwołujący wskazał P. Czarneckiego. W wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2013 roku wykonawca oświadczył, iż P. Czarnecki zgodnie z „Wykazem osób wykonujących zadania dostawy, integracji, wsparcia technicznego szkolenia i tłumaczenia” posiada wszystkie aktualne certyfikaty CISCO, w tym certyfikat Cisco — CCSP. Wykonawca załączył stosowne dokumenty, które potwierdzały powyższe okoliczności.

Jednocześnie odwołujący oświadczył, iż Pan S..... C..... (wówczas pracownik ASTRI) na dzień złożenia oferty TTcomm S.A. tj. 04.02.2012 posiadał wszystkie wymienione aktualne certyfikaty CISCO, w tym certyfikat Cisco — CCSP. Zarzut zamawiającego, iż odwołujący wskazując drugiego inżyniera współwiodącego nie wykazał możliwości dysponowania dla tej osoby certyfikatami umożliwiającymi realizację usługi wsparcia technicznego w przytoczonym Postępowaniu jest chybiony.

Zamawiający poza głośnym stwierdzeniem w zawiadomieniu, iż wyjaśnienia odwołującego z dnia 17 kwietnia 2013 roku okazały się „niewystarczające”, nie wskazał jakie wyjaśnienia byłyby dla zamawiającego wystarczające.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2013 roku zamawiający niejako dokonał powielenia zapytań sformułowanych w piśmie z dnia 15 kwietnia 2013 roku. W ocenie odwołującego wyjaśnienia i oświadczenia złożone przez TTcomm w piśmie z dnia 17 kwietnia 2013 roku były skrupulatne i wiążące, nie wywoływały przy tym żadnych „sprzeczności”.

Dodatkowo w wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2013 roku odwołujący zwrócił uwagę, iż oświadczenie Pana S..... C..... zostało złożone w dniu 10.04.2013r. (należy przy tym zauważyć, iż zamawiający nie przekazał odwołującemu kopii tegoż oświadczenia). Złożony przez wykonawcę „Wykaz osób wykonujących zadania dostawy, integracji, szkolenia tłumaczenia” odnosił się do momentu na dzień składania ofert, co zresztą zauważył sam zamawiający formułując swoją prośbę o wyjaśnienie odnośnie daty wystawienia certyfikatu dla Pana A..... M.....

Zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego z dnia 17 kwietnia 2012 roku Pan S..... C..... na dzień złożenia oferty TTcomm S.A. tj. 04.02.2012 posiadał wszystkie wymienione aktualne certyfikaty SkyWAN i CISCO. Wskazany w „Wykazie osób wykonujących zadania dostawy, integracji, szkolenia tłumaczenia” zakres zadań przypisany Panu S..... C.....: inżynier współwiodący w zakresie integracji, konfiguracji sprzętu, wsparcia technicznego, szkolenia podstawowego i tłumaczenia szkolenia, należy oceniać na dzień składania ofert. Zakres ten został ustalony z ówczesnym pracodawcą Pana S..... C..... przed dniem składania ofert i obowiązywał w dniu składania ofert. Przypisany Panu S..... C..... zakres zadań na dzień składania ofert znajduje potwierdzenie w dokumentach korporacyjnych wykonawcy, które nie podlegają ujawnieniu w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności odwołujący wskazał, iż oświadczenie Pana S..... C..... z dnia 10.04.2013r., przywołane przez zamawiającego pozostaje bezprzedmiotowe dla oceny spełniania przez ofertę wykonawcy warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępowania na dzień składania ofert tj. 04.02.2013.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 21 lutego 2013 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, na skutek odrzucenia oferty TTcomm S.A. oraz oferty wykonawcy Kenbit (przystępującego). W ocenie zamawiającego oferta odwołującego, jak i oferta Kenbit podlegały odrzuceniu ze względu na niezgodność treści oferty z zapisami SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia.

W dniu 4 marca 2013r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego: odrzucenia oferty TTcomm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wykonawca Kenbit nie wniósł odwołania wobec czynności zamawiającego z dnia 21 lutego 2013 r. odnośnie odrzucenia oferty Kenbit na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 14 marca 2013 roku (sygn. akt 487/13) Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „KIO”) uwzględniła odwołanie TTcomm i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z

uwzględnieniem zawiadomienia tego wykonawcy (TTcomm) o poprawieniu w jego ofercie oczywistej omyłki pisarskiej i innych omyłek.

Dnia 9 kwietnia 2013 roku zamawiający wniósł skargę na wyrok do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Dnia 5 kwietnia 2013 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, w tym wykazu osób realizujących poszczególne zadania w postępowaniu. W dniu 11 kwietnia 2013 roku odwołujący złożył wyjaśnienia i uzupełnienie dokumentów.

W dniu 10 kwietnia 2013 roku zamawiający otrzymał pismo od Pana S..... C....., w którym oświadczył on, że wszelkie jego certyfikaty, świadectwa, oświadczenia etc. Znajdujące się w jakichkolwiek ofertach w przedmiotowym postępowaniu autoryzuje tylko i wyłącznie w zakresie tłumaczenia szkoleń firmy ND SatCom GmbH jako, że nie przekazał i nie przekaze żadnych certyfikatów, świadectw, oświadczeń etc. Potrzebnych do realizacji jakichkolwiek innych zadań w przedmiotowym postępowaniu. Oświadczył, że potencjalne użycie jego certyfikatów, świadectw, oświadczeń etc. W jakichkolwiek innych kontekstach w jakichkolwiek ofertach do przywołanego postępowania byłoby bezprawne i odbyłoby się poza jego wiedzą i zgodą, a w konsekwencji ewentualna akceptacja takich dokumentów nie zobowiązywałaby go do świadczenia usług z tego wynikających.

Dnia 15 kwietnia 2013 roku zamawiający zwrócił się z ponowną prośbą o wyjaśnienie treści oferty. W dniu 17 kwietnia 2013 roku odwołujący przedłożył wyjaśnienia.

W wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2013 roku odwołujący oświadczył, iż Pan A..... M..... zgodnie z „Wykazem osób wykonujących zadania dostawy, integracji, wsparcia technicznego szkolenia i tłumaczenia” posiada wszystkie wymienione aktualne certyfikaty CISCO, poza certyfikatem Cisco - CCSP. Jednocześnie wykonawca oświadczył, iż Pan S..... C..... (wówczas pracownik ASTRI) na dzień złożenia oferty TTcomm S.A. tj. 04.02.2012 posiadał wszystkie wymienione aktualne certyfikaty CISCO, w tym certyfikat Cisco — CCSP.

W wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2013 roku odwołujący oświadczył, iż Pan A..... M..... na dzień złożenia oferty tj. 04.02.2013r. posiadał wszystkie wymagane certyfikaty SkyWAN, poza certyfikatem SkyWAN Network Operator.

Jednocześnie wykonawca oświadczył, iż Pan S..... C..... (wówczas pracownik ASTRI) na dzień złożenia oferty TTcomm S.A. tj. 04.02.2012 posiadał wszystkie wymienione aktualne certyfikaty SkyWAN, w tym certyfikat SkyWAN Network Operator. Zarzut Zamawiającego, iż TTcomm nie wykazał dysponowania przez pierwszego inżyniera współwiodącego certyfikatem SkyWAN Network Operator jest chybiony.

W wykazie osób realizujących wsparcie techniczne odwołujący wskazał P. C..... W wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2013 roku wykonawca oświadczył, iż P. C..... zgodnie z „Wykazem osób wykonujących zadania dostawy, integracji, wsparcia technicznego szkolenia i tłumaczenia” posiada wszystkie aktualne certyfikaty CISCO, w tym certyfikat Cisco — CCSP.

Jednocześnie odwołujący oświadczył, iż Pan S..... C..... (wówczas pracownik ASTRI) na dzień złożenia oferty TTcomm S.A. tj. 04.02.2012 posiadał wszystkie wymienione aktualne certyfikaty CISCO, w tym certyfikat Cisco — CCSP.

Dnia 23 kwietnia 2013 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i oświadczeń, kto i w jakim zakresie będzie uczestniczył w realizacji wsparcia technicznego bądź szkoleń, wskazując przy tym, aby stosowne oświadczenia dotyczyły oddzielnie każdej z osób wskazanych do realizacji zamówienia ze wskazaniem zakresu wykonywanych zadań oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, aktualnych na dzień złożenia ofert, tj. 4 lutego 2013 roku). W wyznaczonym terminie (24 kwietnia 2013 roku) odwołujący nie odpowiedział na niniejsze wezwanie.

Dnia 30 kwietnia 2013 roku zamawiający dokonał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, informując, iż zgodnie z wyrokiem po powtórzonym badaniu i ocenie ofert, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Kenbit, uznając, iż jest jedyną ważną ofertą, która wpłynęła na realizację zamówienia oraz jest zgodna z SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty TTcomm S.A. z uwagi na wykluczenie odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. a z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że do oferty z dnia 4 lutego 2013 roku wykonawca załączył dokumenty dotyczące osób uczestniczących w zamówieniu, tj. osób realizujących tłumaczenie szkoleń zaawansowanych, jak też realizujących szkolenia podstawowe i wsparcie techniczne. Zamawiający wezwał wykonawcę w dniu 5 kwietnia 2013 roku do złożenia wyjaśnień i uzupełniania dokumentów, w tym wykazu osób realizujących poszczególne zadania w postępowaniu. W dniu 10 kwietnia 2013 roku do zamawiającego wpłynęło oświadczenie osoby wskazanej przez wykonawcę w przytoczonym postępowaniu,

potwierdzające, w jakim zakresie i przy użyciu jakich certyfikatów będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

W dniu 11 kwietnia 2013 roku wpłynęło do zamawiającego pismo z wyjaśnieniami i uzupełnionymi dokumentami do TTcomm SA. W toku oceny wyjaśnień Firmy wystąpiły nieścisłości w kwestiach dat wystawionych certyfikatów dla poszczególnych osób występujących w wykazie osób realizujących zamówienie, jak również dat ważności certyfikatów. Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę na rozbieżności pomiędzy ofertą z dnia 4 lutego 2013 roku a wskazanymi wyjaśnieniami z dnia 11 kwietnia 2013 roku w zakresie uczestnictwa poszczególnych osób w realizacji zamówienia i złożonym oświadczeniem osoby mającej wykonywać jedno z zadań w realizacji zamówienia. W dniu 15 kwietnia 2013 roku zamawiający zwrócił się z prośbą do wykonawcy o wyjaśnienie nieścisłości. W dniu 17 kwietnia 2013 roku wpłynęło pismo od Firmy TTcomm SA, w którym wykonawca przedstawił wyjaśnienia, które okazały się niewystarczające w zakresie uprawnień i posiadanych certyfikatów wskazanych osób w uzupełnionym wykazie i dokumentacji ofertowej.

W dniu 23 kwietnia w celu wyjaśnienia sprzeczności między dokumentami złożonymi do oferty a wyjaśnieniami złożonymi trakcie badania i oceny oferty TTcomm SA, jak również w celu uzyskania jednoznacznej informacji, kto i w jakim zakresie będzie uczestniczył w realizacji wsparcia technicznego bądź szkolenia zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia stosownych oświadczeń oddzielnie dla każdej z osób realizujących zamówienie ze wskazanym zakresem wykonywanych zadań oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami, aktualnych na dzień złożenia ofert, tj. 4 lutego 2013 roku. Firma w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 24 kwietnia 2013 roku nie odpowiedziała na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że wykonawca, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, musiał między innymi wykazać się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Każda z osób uczestniczących w realizacji wsparcia technicznego musiała posiadać odpowiednie przeszkolenia i certyfikaty, zgodnie z wymaganiami zamawiającego (odpowiedź na pytanie nr 35, pismo 124/13 z dnia 10 stycznia 2013 roku: „Specjalista skierowany do realizacji wsparcia technicznego powinien posiadać wszelkie wymagane w OPZ certyfikaty i doświadczenie. Nie dopuszcza się kierowania grupy dwóch lub więcej specjalistów posiadających łącznie (razem) wymagane w OPZ certyfikaty”). Żaden z podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie zakwestionował treści OPZ w zakresie

wymagań osób zdolnych do wykonania zamówienia, nie wnioskował w tym zakresie o zmianę OPZ ani tym bardziej nie zaskarżył jego treści.

Analizując wszystkie dokumenty, oświadczenia (w tym oświadczenia osoby wymienionej w wykazie) i wyjaśnienia złożone do oferty w przytoczonym postępowaniu wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu:

- 1) Wykonawca wskazując pierwszego inżyniera współwiodącego nie wykazał dysponowania przez tę osobę certyfikatem CCSP oraz SkyWan Network Operator (ich brak potwierdza sam wykonawca w piśmie z dnia 17 kwietnia 2013 roku nr 3500/13);
- 2) Wykonawca wskazując drugiego inżyniera współwiodącego nie wykazał możliwości dysponowania dla tej osoby certyfikatami umożliwiającymi realizację usługi wsparcia technicznego w przytoczonym postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w części dotyczącej ponownej oceny i wyboru oferty przystępującego, która to oferta została przez zamawiającego odrzucona w dniu 21 lutego 2013 roku, a na czynność tę nie wniesiono odwołania.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba stwierdziła, co następuje:

Stosownie do art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W myśl ust. 3 wskazanego artykułu odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołaniem z dnia 4 marca 2013r. odwołujący zaskarżył wyłącznie czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu jego oferty TTcomm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołanie nie dotyczyło odrzucenia oferty przystępującego, który sam również nie

wniósł odwołania wobec czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oczywistym jest zatem, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty przystępującego uprawomocniła się i nie mogła zostać skutecznie zmieniona czynnością zamawiającego. W szczególności skutków takich nie wywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2013 roku wydany w sprawie KIO 487/13, w którym Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zawiadomienia tego wykonawcy o poprawieniu w jego ofercie wskazanych omyłek. Wyroku tego nie można interpretować w taki sposób, iż Izba – nakazując powtórzenie czynności badania i oceny ofert – nakazała również ponowne badanie i ocenę oferty przystępującego. Należy zwrócić uwagę, że Izba w ogóle nie badała zasadności odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ czynność ta nie była objęta odwołaniem. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając odwołanie, Izba może, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta — nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego (ust. 3 pkt 1). Rozpoznając odwołanie w sprawie KIO 487/13 Izba – na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp – nakazała wykonanie pewnych czynności naprawczych, ale wyłącznie wobec oferty odwołującego. Z kolei zawarty w sentencji wyroku nakaz powtórzenia czynności badania i oceny ofert należy interpretować tylko w taki sposób, iż czynności te mają dotyczyć wyłącznie ważnych ofert, które pozostały w przedmiotowym postępowaniu.

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż zamawiający na rozprawie podnosił, iż przywrócenie do postępowania oferty przystępującego nie wynikało bezpośrednio z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2013 roku, ale z faktu, że zamawiający doszedł do przekonania, iż analogiczne błędy do tych, które popełnił odrzucając ofertę odwołującego, popełnił w stosunku do oferty przystępującego

Stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Przywrócenie do postępowania oferty wykonawcy, który nie wniósł środka ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty nie może być uzasadnione dowolnymi przekonaniem zamawiającego. Ustawodawca przewidział możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej właśnie w tym

celu, by wykonawcy bronili się przed niesłusznymi – ich zdaniem – czynnościami zamawiającego. Wniesienie środka ochrony prawnej – oprócz jego bezpośredniego celu – ma również inne skutki, np. możliwości przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego bądź zamawiającego przez innych wykonawców i przedstawienie przez nich stanowiska w sprawie. Dowolność działań podejmowanych przez zamawiającego pozbawia wykonawców możliwości skorzystania z ich ustawowych uprawnień, a także rodzi stan niepewności wśród wszystkich uczestników postępowania. Zdaniem Izby działanie takie godzi również w zasadę równego traktowania wykonawców. Nie może być bowiem tak, że jeden z wykonawców wnosi środek ochrony prawnej na czynność zamawiającego i ponosi koszty z tym związane, natomiast drugi korzysta z dobrodziejstw wydanego orzeczenia, mimo że w żaden sposób go ono nie dotyczy. Argumentacja zamawiającego budzi również wątpliwości z tego względu, iż zaskarżył on do Sądu Okręgowego wyrok z dnia 14 marca 2013 roku. Trudno zatem przyjąć, iż doszedł on do wniosku, że takie same błędy popełnił w stosunku do obydwu ofert, skoro złożenie skargi oznacza, iż nie poczytuje on swoich czynności za błędne.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający – stosownie do art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wzywa wykonawców w wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Należy przy tym uznać, że inaczej niż w przypadku uzupełniania dokumentów, proces wyjaśniania może przybrać formę więcej niż jednego zapytania - skoro bowiem po przedłożeniu wyjaśnień zamawiający ma nadal wątpliwości lub pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, to nadal zachodzi okoliczność uprawniająca do wystąpienia o wyjaśnienie treści tych dokumentów.

Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 35, pismo 124/13 z dnia 10 stycznia 2013 roku: „Specjalista skierowany do realizacji wsparcia technicznego powinien

posiadać wszelkie wymagane w OPZ certyfikaty i doświadczenie. Nie dopuszcza się kierowania grupy dwóch lub więcej specjalistów posiadających łącznie (razem) wymagane w OPZ certyfikaty”. Wobec tak sformułowanego warunku, pisma Pana S..... C..... z dnia 10 kwietnia 2013 roku oraz odpowiedzi odwołującego z dnia 17 kwietnia 2013 roku zamawiający mógł zażądać od wykonawcy wyjaśnień w kwestii uzyskania jednoznacznej informacji, kto i w jakim zakresie będzie uczestniczył w realizacji wsparcia technicznego bądź szkolenia. Wobec braku odpowiedzi ze strony odwołującego zamawiający zasadnie uznał, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie obejmuje dwie sytuacje faktyczne. Jako pierwszą wymienić należy tę, w której wykonawca wprowadził przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej. Druga z sytuacji abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków.

W ocenie Izby wykonawca nie udzielając odpowiedzi na zadane pytania nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tej sytuacji decyzję zamawiającego o jego wykluczeniu należy uznać za zasadną.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....