

Sygn. akt: KIO 2790/15
KIO 2793/15

WYROK

z dnia 15 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2015 r. przez:

- 1) **W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S.** (sygn. akt KIO 2790/15),
- 2) **E.E.A. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BARTUS Systemy Radionawigacyjne E.E.A.** (sygn. akt KIO 2793/15),

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w Warszawie**, przy udziale wykonawców:

- 1) **Skylar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 2790/15 i KIO 2793/15,
- 2) **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 2790/15 i KIO 2793/15,
- 3) **W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2793/15,

orzeka:

1. **Uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołujących z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem ofert Odwołujących;**

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2790/15 obciąża **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej** na rzecz **W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2793/15 obciąża **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od **Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej** na rzecz **E.E.A. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BARTUS Systemy Radionawigacyjne E.E.A.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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 2790/15
KIO 2793/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Obiekt kolokowany DME/OR w lokalizacji „Olsztyn” i obiekt kolokowany DME/OR w lokalizacji „Wieluń”.*

1. Sygn. akt KIO 2790/15

W dniu 23 grudnia 2015 r. W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 SIWZ dla potwierdzenia, że oferowane w ramach roboty budowlanej dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, wykonawca miał przedstawić w stosunku do oferowanego przedmiotu zamówienia, tj. urządzeń łączności radiowej: „Protokół (sprawozdanie) z badań przeprowadzonych przez laboratorium akredytowane przez PCA (Polskie Centrum Akredytacji) lub instytucję równoważną wykazujący, że oferowane systemy antenowe VHF i UHF spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie nierównomierności charakterystyki promieniowania, zysku energetycznego oraz współczynnika WFS. System antenowy do badań powinien być zestawiony w takiej samej konfiguracji, w jakiej zostanie zamontowany na wieży. Badania systemu antenowego należy zrealizować zgodnie z następującymi wytycznymi: 2.5.1. Pomiar WFS w całym wymaganym zakresie częstotliwości pracy z dyskretyzacją kanałową 8,33 kHz; 2.5.2. Pomiar charakterystyki promieniowania na częstotliwościach skrajnych i środkowej wymaganego pasma pracy ze skokiem 0,1 stopnia; 2.5.3. Pomiar charakterystyki promieniowania na dwóch dodatkowych częstotliwościach odpowiadających najwyższym wartościom WFS zmierzonym w ppkt 2.5.1. ze skokiem 0,1 stopnia; 2.5.4. Pomiar zysku energetycznego na częstotliwościach skrajnych i środkowej wymaganego pasma pracy oraz na dwóch dodatkowych częstotliwościach odpowiadających najwyższym wartościom WFS zmierzonym w ppkt 2.5.1.

Odwołujący w ofercie przedłożył sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez Laboratorium Badań EMC – Laboratorium antenowe Instytutu Łączności o nr Z21/21400324/039a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r., z którego wynikało, że oferowany system

antenowy VHF produkcji Przedsiębiorstwa Wielobranżowego ANEX A.P. został przebadany w dniach 25-26 czerwca 2014 r. Przedłożone sprawozdanie z badań nr Z21/21400324/039a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r. zawierało omyłki pisarskie mogące spowodować trudność we właściwej ocenie zaofiarowanych urządzeń. W związku z powyższym producent przekazał do Laboratorium Badań EMC wnioski o poprawienie tych omyłek. W dniu 30 września 2015 r. została Odwołującemu przekazana kolejna wersja sprawozdania nr Z21/21400324/039a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r. z badań przeprowadzonych na systemie antenowym VHF, której nadano nowy numer Z21/21400564/059a/15 i pozostawiono datę wydania sprawozdania 30 kwietnia 2015 r. Ponieważ jednak wciąż zawierała omyłki, producent zwrócił się po raz kolejny do Laboratorium Badań EMC o wprowadzenie kolejnych poprawek do sprawozdania. Odwołujący w dniu 1 października 2015 r. otrzymał trzecią wersję sprawozdania o numerze i dacie jak poprzednia wersja. Dochowując należytej staranności, w dniu 1 października 2015 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo z informacją o stwierdzonych omyłkach w załączonym do oferty sprawozdaniu. W wyniku rozpatrzenia otrzymanej informacji Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie sprawozdania z badań systemu antenowego VHF. Odwołujący podkreślił, że otrzymane kolejne wersje sprawozdań posiadały ten sam numer i datę sprawozdania i odnosiły się do badań wykonanych w dniach 3 i 8 sierpnia 2014 r. oraz jednoznacznie potwierdzają spełnienie wymagań Zamawiającego przed terminem składania ofert, czego potwierdzeniem są również zlecenia badań wystawione przez producenta systemu antenowego, faktury i dowody płatności za wykonane badania.

Odwołujący wskazał, że w dniu 18 grudnia 2015 r. został zawiadomiony przez Zamawiającego o wyborze oferty WASKO S.A. jako najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania pozostałych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W stosunku do każdego z wykonawców Zamawiający wystosował identyczne uzasadnienia faktyczne i prawne czynności wykluczenia z postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący uzupełnił sprawozdanie z badań systemu antenowego o nr Z21/21400564/059a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r. Tymczasem, według wiedzy Zamawiającego, sprawozdanie z badań nr Z21/21400564/059a/15 zostało sporządzone w dniu 30 września 2015 r. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie przedłożył dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań przez oferowane dostawy na dzień składania ofert, a tym samym przedłożył nieprawdziwe informacje.

Odwołujący podniósł, że czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest w całości błędna. Po pierwsze, Zamawiający niesłusznie przyjął, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert, tj. na dzień 22 września 2015 r. Uzupelnione w drodze wezwania sprawozdanie z badań nr Z21/21400564 /059a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r. w pełni potwierdzało spełnienie wymagań określonych w obowiązującej normie oraz SIWZ. Zawierało bowiem informację, że oferowany system antenowy został przebadany w dniach 3 i 8 sierpnia 2014 r. (na rok przed terminem składania ofert), a wyniki potwierdzały spełnienie normy (tabela „Zestawienie normy” strona 5 sprawozdania). Tym samym, dokument złożony w drodze uzupełnienia przez Odwołującego, odpowiadał warunkom określonym przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania oraz zadośćczynił wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. Co istotne, Zamawiający temu w ogóle nie zaprzecza w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Jedyne problem, jaki Zamawiający zauważa w dokumencie sprawozdania, to data jego sporządzenia. Pierwotnie sprawozdanie zostało sporządzone 30 kwietnia 2015 r., zaś ostatnie poprawki zostały naniesione w dniu 30 września 2015 r. Przy czym warto podkreślić, że badania ujawnione w sprawozdaniu były przeprowadzone tylko raz, w sierpniu 2014 r., zaś poprawki dotyczące sprawozdania polegały na ujednoczeniu dokumentu. Podnoszenie przez Zamawiającego, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, ponieważ przedłożył sprawozdanie z datą 30 kwietnia 2015 r., zawierające poprawki naniesione 30 września 2015 r., jest zupełnie bezzasadny.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest istotna data wystawienia dokumentu, lecz wynikające z jego treści potwierdzenie, że warunki udziału w postępowaniu lub wymagania wobec przedmiotu zamówienia są spełnione najpóźniej na dzień składania ofert.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy Pzp w tym zakresie są niekonsekwentne. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy, w szczególności art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, dokumenty przedkładane przez wykonawcę w postępowaniu dzielą się na dokumenty o charakterze podmiotowym (mające na celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę oraz brak podstaw do jego wykluczenia) oraz przedmiotowym (potwierdzającym spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych w SIWZ). Jedyne w zakresie dokumentów podmiotowych występuje w przepisach ustawy wymaganie, aby potwierdzały one spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie później niż na dzień, w którym upływa termin składania ofert (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp). W stosunku do dokumentów przedmiotowych,

przepisy nie określają podobnej cezury czasowej. Jednakże już przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że dokumenty uzupełnione przez wykonawcę, niezależnie od tego czy mają charakter przedmiotowy czy podmiotowy, powinny potwierdzać spełnienie wymagań określonych w SIWZ nie później niż na dzień składania ofert. Tym samym, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp rozszerza wymaganie cezury czasowej również dla dokumentów przedmiotowych, w przypadku ich uzupełnienia, podczas gdy dokumenty przedmiotowe złożone pierwotnie wraz z ofertą takiego warunku spełniać nie muszą.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie przyjął, że data sporządzenia dokumentu ma znaczenie, skoro orzecznictwo wyraźnie wskazuje na możliwość przedłożenia dokumentu z datą późniejszą, o ile potwierdza spełnienie wymagań na dzień składania ofert. Zwłaszcza że badania zostały przeprowadzone rok wcześniej, 3 i 8 sierpnia 2014 r., a zatem już wtedy Laboratorium dysponowało wynikami z badań, najpóźniej zaś w dacie sporządzania pierwszej wersji sprawozdania, tj. w dniu 30 kwietnia 2015 r.

Odwołujący powołał się na dokument Polskiego Centrum Akredytacji „Akredytacja laboratoriów badawczych wymagania szczegółowe DAB-07” (wydanie 10,16 październik 2013r.), zgodnie którym w pkt 3.6. określono procedury związane ze sporządzaniem sprawozdania z badań. Zgodnie z dokumentem: *Przy przedstawianiu w sprawozdaniu z badań wyników badań uzyskanych od podwykonawców oraz przy zamieszczaniu w sprawozdaniu opinii i interpretacji, a także stwierdzenia zgodności/niezgodności wyników badania z określonymi wymaganiami i/lub specyfikacjami, akredytowane laboratorium powinno uwzględniać dyspozycje p. 3.4 niniejszego dokumentu oraz wymagania przedstawione w załączniku A dokumentu DA-02. Przedstawiane przez akredytowane laboratorium w sprawozdaniu z badań stwierdzenia dotyczące zgodności, oraz opinie i interpretacje nie mogą mieć charakteru i formy, właściwych dla wyniku kontroli lub certyfikacji wyrobu i mogą odnosić się tylko do konkretnej badanej próbki. W sprawozdaniu z badań laboratorium powinno zamieszczać informacje istotne dla wykorzystania wyniku badania zgodnie z przeznaczeniem lub jego interpretacji (np. informacje o odstępstwach od metody badawczej, anomalia związane z dostarczoną próbką do badań lub obiektem badań, informacje nt. uwzględnienia etapu pobierania próbek w oszacowanej niepewności pomiarów itp.). Ponadto gdy laboratorium wykonuje badania przeznaczone dla oceny zgodności w obszarze regulowanym i stosuje metodę badań inną niż wskazana w mającym zastosowanie przepisie prawa – powinno zamieścić w sprawozdaniu z badań jednoznaczne stwierdzenie tego faktu wraz z przedstawieniem wyniku badania.* Z powyższego (jak również z logiki i doświadczenia życiowego) wynika, że sprawozdanie z badań jako dokument powstaje po przeprowadzeniu badań, a tym samym również po uzyskaniu wyników badań. antenowym VHF przeprowadzono w dniach 3 i 8 sierpnia 2014 r., to dla Zamawiającego

istotna jest właśnie ta data, nie zaś dzień, w którym sporządzono sprawozdanie z badań, zwłaszcza że w rozumieniu normy PN/EN ISO/IEC 17025 „Ogólne wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych i wzorcujących”, sprawozdanie z badań to „dokument służący przedstawieniu wyników badań (serii badań) próbki/obiektu oraz informacji z nim związanych”. Tym samym stanowisko Zamawiającego jest zupełnie błędne, ponieważ pomija zupełnie powszechnie przyjętą interpretację przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a ponadto przeczy charakterowi dokumentu, jakim jest sprawozdanie z badań.

Zamawiający w swojej decyzji o wykluczeniu Odwołującego powołuje się na okoliczność, że według wiedzy uzyskanej bezpośrednio od Laboratorium, sprawozdanie Z21/21400564/059a/15 zostało sporządzone dnia 30 września 2015 r. i taką datę powinno nosić. Abstrahując od tego, czy Zamawiający był w ogóle uprawniony do bezpośredniego zwracania się z takim zapytaniem do Laboratorium Badań EMC (w opinii Odwołującego nie był), Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie tylko powołuje się błędnie sprawozdanie z badań o innym numerze, ale również de facto przeczy informacjom uzyskanym od akredytowanego laboratorium. Odwołujący wskazał na korespondencję prowadzoną między Zamawiającym, a panem dr mgr inż. M.M., Kierownikiem Laboratorium, znajdującą się w protokole postępowania, (dowód: korespondencja z dni 2-12 listopada 2015r. wraz ze sprawozdaniami z badań). Z oświadczenia Pana dr mgr inż. M. M. przesłanego w mailu z dnia 4 listopada 2015 r. wynika, że istniało kilka wersji sprawozdania z badań systemu antenowego VHF produkcji Przedsiębiorstwa Wielobranżowego ANEX A.P., przy czym Kierownik Laboratorium potwierdza, że istniały wersje sprawozdania zawierające nieistotne błędy edytorskie. Jednocześnie potwierdził, że „Jedyną właściwą wersją sprawozdania jest wersja o tym samym numerze przekazana klientowi we wrześniu 2015 r.” (tj. sprawozdanie z badań o nr Z21/21400564/059a/15). Po czym Pan dr mgr inż. M.M. zadeklarował gotowość przesłania ostatecznej, archiwalnej wersji sprawozdania. W mailu z dnia 12 listopada 2015 r. Kierownik Laboratorium przesłał Zamawiającemu sprawozdanie z badań nr Z21/21400564/059b/15 noszące datę 30 września 2015 r., informując jednocześnie, że: „W uzupełnieniu poprzedniego maila informuję, że przekazana wersja jest jednym z efektów działań korygujących wdrożonych w Laboratorium i jest w pełni zgodna merytorycznie z wersją przekazaną Państwu przez naszego klienta”. Tym samym, Pan dr mgr inż. M.M. potwierdził, że przesłana wersja sprawozdania o nr Z21/21400564/059b/15 z dnia 30 września 2015 r. jest zgodna ze sprawozdaniem przekazanym producentowi systemu antenowego VHF, czyli sprawozdaniem o nr Z21/21400564/059a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r. W związku z powyższym, Zamawiający uzyskał wiedzę od laboratorium przeprowadzającego badania oraz sporządzającego sprawozdanie, że obie wersje sprawozdania z badań o nr Z21/21400564/059b/15 z dnia 30 września 2015 r. oraz

Z komentarzem [MU1]: Do zanonimizowania

Z21/21400564/059a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r. nie różnią się pod względem treści, a jedynie na skutek działań korygujących zmieniono im oznaczenie oraz datę sporządzenia. Odwołujący podkreślił, że w treści sprawozdania przesłanego bezpośrednio Zamawiającemu, tj. nr Z21/21400564/059b/15 z dnia 30 września 2015 r. można zauważyć odniesienia do sprawozdania Z21/21400564/059a/15, co nasuwa wniosek, że Laboratorium jedynie zmieniło pierwszą stronę sprawozdania z badań w zakresie jego oznaczenia oraz daty. Niezrozumiałe jest zatem działanie Zamawiającego, podejmującego decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, skoro zostało potwierdzone przez Laboratorium, że sprawozdanie o nr Z21/21400324/059a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r., złożone w drodze uzupełnienia dokumentów, jest prawidłowe.

Zdaniem Odwołującego, tym bardziej nie jest zrozumiałe podjęcie decyzji o wykluczeniu Odwołującego ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji. Odwołujący podniósł, że stwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę jest obciążone szczególnym rygorem dowodowym. Złożenie nieprawdziwych informacji jest ściśle związane z ustawą karną przewidującą sankcje za wprowadzanie do obrotu sfałszowanych lub zawierających nieprawdę dokumentów (art. 297 § 1 KK). Tym samym Zamawiający stosując art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązany jest udowodnić w sposób bezsprzeczny nie tylko okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji, ale również zamiar wykonawcy uzyskania zamówienia za pomocą niedozwolonych prawem środków. W świetle powyższego, stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji, ponieważ złożył sprawozdanie z badań z datą 30 kwietnia 2015 r., zamiast z datą 30 września 2015 r., jest zupełnie bezzasadne. Rozbieżność dat na sprawozdaniach może bowiem jedynie świadczyć o niedbalstwie ze strony jednostki akredytowanej, nie zaś o zwinionym i świadomym działaniu Odwołującego ukierunkowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

W ocenie Odwołującego, czynność wykluczenia go z postępowania oraz uznanie jego oferty za odrzuconą jest nieprawidłowa, narusza zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz doprowadziła do sytuacji, w której za najkorzystniejszą została uznana oferta zawierająca de facto najmniej korzystne warunki cenowe z punktu widzenia Zamawiającego. Odwołujący poinformował również, że złożył informację o czynnościach Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, ponieważ w ocenie Odwołującego, wobec wykonawców Skylar Sp. z o.o. oraz BARTUS Systemy Radionawigacyjne E.E.A. występują przesłanki odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego

z postępowania i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy:

- 1) Skylar Sp. z o.o. – po stronie Odwołującego,
- 2) WASKO S.A. – po stronie Zamawiającego.

2. Sygn. akt KIO 2793/15

W dniu 23 grudnia 2015 r. E.E.A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BARTUS Systemy Radionawigacyjne E.E.A. wniosła odwołanie wobec czynności wykluczenia jej z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 18 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że został on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na fakt, że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp oferta Odwołującego została uznana za odrzuconą. W uzasadnieniu faktycznym, Zamawiający wskazał, że wymagał załączenia do oferty protokołu (sprawozdania) z badań przeprowadzonych przez laboratorium akredytowane przez PCA (Polskie Centrum Akredytacji) lub instytucję równoważną wskazujący, że oferowane systemy antenowe VHF i UHF spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie nierównomierności charakterystyki promieniowania, zysku energetycznego oraz współczynnika WFS. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia w/w dokumentów. Odwołujący uzupełnił wymagany protokół z badania systemu antenowego VHF składając sprawozdanie z badań parametrów antenowych wykonane przez Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy Zakład Kompatybilności Elektromagnetycznej (dalej: *Laboratorium*)-Sprawozdanie nr Z21/21400564/059a/15 z datą wydania 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający uzyskał z Laboratorium oświadczenie, zgodnie z którym wspomniane powyżej sprawozdanie zostało wystawione w dniu 30 września 2015 r., podczas gdy zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert tj. 22 września 2015 r. W ocenie Zamawiającego, zaoferowany system antenowy VHF wbrew dokumentom złożonym przez Odwołującego nie spełniał wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tym samym, Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje

mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i jako taki podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący podniósł, że przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, związana jest ze złożeniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Znajduje ona zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca składa nieprawdziwe informacje, jeżeli stan rzeczy prezentowany w składanych przez niego oświadczeniach i dokumentach jest inny, niż w rzeczywistości. Zaoferowany przez Odwołującego system antenowy w dniu składania ofert spełniał wymagania Zamawiającego, a rozbieżności w tym zakresie wynikały wyłącznie z błędów edycyjnych występujących w sprawozdaniu Laboratorium z dnia 30 kwietnia 2015 r. Informacje pierwotnie złożone przez Odwołującego z ofertą nie były nieprawdziwe, zostały one tylko błędnie zaprezentowane, co wynikało z występujących w sprawozdaniu błędów edycyjnych.

Odwołujący wskazał, że wraz z ofertą przedstawił sprawozdanie z badań Laboratorium nr Z21/21400324/039a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r. dotyczące systemu antenowego VHF (str. 167 oferty). Pismem z dnia 16 października 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując w pkt 1 wezwania, że wraz z ofertą został złożony jedynie protokół z badania systemu antenowego VHF, w związku z czym Zamawiający wzywa Odwołującego do uzupełnienia Protokołu (sprawozdania) z badań przeprowadzonych przez laboratorium akredytowane przez PCA (Polskie Centrum Akredytacji) lub instytucję równoważną wykazującą, że oferowane systemy antenowe UHF spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie nierównomierności charakterystyki promieniowania, zysku energetycznego oraz współczynnika WFS. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący w załączeniu do pisma z dnia 20 października 2015 r. przedstawił Zamawiającemu m.in. Protokół (sprawdzenie) z badań przeprowadzonych przez Laboratorium dla systemu antenowego UHF spełniające wymagania Zamawiającego w zakresie nierówności charakterystyki promieniowania, zysku energetycznego oraz współczynnika WFS oraz Protokół (sprawdzenie) z badań przeprowadzonych przez Laboratorium dla systemu antenowego VHF spełniające wymagania Zamawiającego w zakresie nierówności charakterystyki promieniowania, zysku energetycznego oraz współczynnika WFS, który potwierdza spełnienie wymagania zysku energetycznego nie mniejszy niż 4 dBi (nr badania Z21/21400564/059a/15 datowane na dzień 30 kwietnia 2015 r.).

Z udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 2 listopada 2015 r. Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do Laboratorium z prośbą

o udzielenie informacji, czy w Laboratorium zostało sporządzone załączone do pisma sprawozdanie z badań Z21/21400564/059a/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r. Na tak postawione pytanie Zamawiającego w dniu 4 listopada 2015 r. Laboratorium udzieliło następującej odpowiedzi: *Załączone przez Pana sprawozdanie jest roboczą wersją sprawozdania zawierającą błędy edycyjne. Jedną właściwą wersją sprawozdania jest wersja o tym samym numerze przekazana klientowi we wrześniu 2015 r. W razie potrzeby rozwiania ewentualnych wątpliwości możemy przestać naszą kopię archiwalną jedynej ostatecznej wersji sprawozdania* (korespondencja e-mail skierowana przez Laboratorium do Zamawiającego w dniu 4 listopada 2015 r.) Zgodnie zatem z oświadczeniem Laboratorium sprawozdanie z dnia 30 września 2015 r. jest to to samo sprawozdanie, co sprawozdanie opatrzone datą 30 kwietnia 2015 r., w którym zostały jedynie usunięte błędy edycyjne (skorygowano odpowiednie fragmenty).

Zdaniem Odwołującego, z faktu, że w sprawozdaniu datowanym na dzień 30 września 2015 r. zostały poprawione błędy edycyjne (w stosunku do wersji z dnia 30 kwietnia 2015 r.) Zamawiający wyciągnął błędny wniosek, że zaoferowany system VHF wbrew dokumentom przedstawionym przez Odwołującego nie spełniał określonych przez Zamawiającego nie później niż na dzień składania ofert, a w efekcie, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje.

Odwołujący wskazał, że udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił mu dokument przekazany przez producenta systemu anten i nie mógł podejrzewać, że jest to wersja robocza, tym bardziej że dokument ten był podpisany i został wydany na papierze firmowym Laboratorium. Zgodnie z oświadczeniem producenta nie dysponuje on żadnym dokumentem datowanym na dzień 30 września 2015 r. W związku z powyższym Odwołującemu nie można przypisać winy w złożeniu powyższego dokumentu, a co za tym idzie nie można go wykluczyć za złożenie nieprawdziwych informacji.

Odwołujący podniósł, że przed dniem, w którym upływał termin składania ofert urządzenie spełniało wymagania Zamawiającego, korekty wymagał jedynie sposób prezentacji związanych z tym danych. Nie może zatem budzić żadnych wątpliwości, że pomimo ewentualnego wydania skorygowanego sprawozdania w dniu 30 września 2015 r. Odwołujący *de facto* wykazał spełnianie przez urządzenie wymagań Zamawiającego na dzień wcześniejszy niż termin składania ofert, który upływał w dniu 22 września 2015 r. Nawet w przypadku gdyby sprawozdanie nr Z21/21400564/059a/15 zostało wydane w dniu 30 września 2015 r. to potwierdza ono stan na dzień 30 kwietnia 2015 r., bo przed tym dniem zostały wykonane badania będące podstawą wydania sprawozdania. Na marginesie należy jedynie zaznaczyć, że decydujące znaczenie ma nie data wydania dokumentu, a data na którą dokument potwierdza spełnianie wymagań. Takie wnioski wynikają z literalnego

brzmienia art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, który wskazuje jedynie datę, na którą uzupełnione dokumenty mają potwierdzać określony stan faktyczny, a nie datę ich wystawienia.

Odwołujący wskazał, że w udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji znajduje się również pismo WASKO S.A. z 5 listopada 2015 r., do którego dołączono oświadczenie producenta oferowanych przez Odwołującego urządzeń, tj. **A. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.P. ANEX Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z 26 października 2015 r. W oświadczeniu tym producent wskazał, że *certyfiakat (sprawozdanie z badań) dla systemu antenowego VHF produkcji ANEX nr sprawozdania Z21/21400564/059a/15, wydany przez Instytut Łączności, Państwowy Instytut Badawczy, Zakład Kompatybilności Elektromagnetycznej, Laboratorium Badań EMC z siedzibą we Wrocławiu jest jedynym prawidłowym i ostatecznym dokumentem potwierdzającym spełnianie przez system antenowy VHF produkcji ANEX wszystkich wymaganych parametrów, lecz nie był on dostępny w dniu składania ofert (22 września 2015 r.), gdyż został po raz pierwszy wydany (opublikowany) w dniu 30 września 2015 r.* Okoliczność, że skorygowane sprawozdanie nie było dostępne w dniu składania ofert nie zmienia faktu, że potwierdza ono, iż oferowane przez Odwołującego urządzenia spełniały wymagania Zamawiającego w dniu upływu terminu składania ofert. Data dokumentu nie ma znaczenia, jeżeli tak jak na gruncie niniejszej sprawy dokument potwierdza występowanie określonego stanu faktycznego w danej dacie.

Z komentarzem [MU2]: Do zanonimizowania

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy:

- 1) Skylar Sp. z o.o. – po stronie Odwołującego,
- 2) WASKO S.A. – po stronie Zamawiającego,
- 3) W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S. – po stronie Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VII SIWZ (Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego), w celu potwierdzenia, że oferowane w ramach roboty budowlanej dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli przedstawić m.in.:

2.5. Protokół (sprawozdanie) z badań przeprowadzonych przez laboratorium akredytowane przez PCA (Polskie Centrum Akredytacji) lub instytucję równoważną wykazujący, iż oferowane systemy antenowe VHF i UHF spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie nierównomierności charakterystyki promieniowania, zysku energetycznego oraz współczynnika WFS. System antenowy do badań powinien być zestawiony w takiej samej konfiguracji, w jakiej zostanie zamontowany na wieży. Badania systemu antenowego należy zrealizować zgodnie z następującymi wytycznymi:

2.5.1. Pomiar WFS w całym wymaganym zakresie częstotliwości pracy z dyskretyzacją kanałową 8,33 kHz;

2.5.2. Pomiar charakterystyki promieniowania na częstotliwościach skrajnych i środkowej wymaganego pasma pracy ze skokiem 0,1 stopnia;

2.5.3. Pomiar charakterystyki promieniowania na dwóch dodatkowych częstotliwościach odpowiadających najwyższym wartościom WFS zmierzonym w ppkt 2.5.1. ze skokiem 0,1 stopnia;

2.5.4. Pomiar zysku energetycznego na częstotliwościach skrajnych i środkowej wymaganego pasma pracy oraz na dwóch dodatkowych częstotliwościach

Odwolujący załączyli do ofert sprawozdanie z badań parametrów antenowych nr Z21/21400324/039a/15 z 30 kwietnia 2015 r., sporządzone przez Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy Zakład Kompatybilności Elektromagnetycznej. Zgodnie z treścią sprawozdania, badania będące podstawą jego sporządzenia zostały przeprowadzone w dniach 25-26 czerwca 2014 r.

W dniu 1 października 2015 r. pełnomocnik wykonawcy „Bracia S.” skierował do Zamawiającego pismo, w którym poinformował, że dzień wcześniej otrzymał od dostawcy oferowanych systemów antenowych VHF informację, że pierwotnie przesłane i załączone do oferty sprawozdanie zawierało omyłki mogące spowodować trudność we właściwej ocenie zaoferowanych urządzeń. Jednocześnie dostawca przekazał wykonawcy skorygowane przez Laboratorium Instytutu Łączności sprawozdanie. W związku z formalnym brakiem możliwości samodzielnego uzupełnienia dokumentu po upływie terminu składania ofert, wykonawca wniósł o wezwanie go do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismami z dnia 16 października 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołujących do uzupełnienia sprawozdania z badań.

W odpowiedzi na wezwanie obaj wykonawcy przedłożyli sprawozdanie z badań Z21/21400324/059a/15 z 30 kwietnia 2015 r., sporządzone przez Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy Zakład Kompatybilności Elektromagnetycznej. Według treści sprawozdania badania będące podstawą jego sporządzenia zostały przeprowadzone w dniu 3 i 8 sierpnia 2014 r.

W dniu 4 listopada 2015 r. Zamawiający otrzymał informację mailową od Kierownika Laboratorium Badań EMC Instytutu Łączności, że przedstawione mu przez Zamawiającego sprawozdanie jest roboczą wersją sprawozdania zawierającą błędy edycyjne oraz że jedyną właściwą wersją sprawozdania jest wersja o tym samym numerze przekazana klientowi we wrześniu 2015 r. Następnie, w dniu 12 listopada 2015 r. ww. osoba poinformowała drogą mailową, że *w wyniku kolejnego błędu edycyjnego załączona do niniejszej wiadomości wersja nie została odpowiednio oznaczona i przedatowana (...)*. Następnie w tym samym dniu Kierownik Laboratorium przekazując Zamawiającemu ostateczną wersję sprawozdania poinformował, że *przekazana wersja jest jednym z efektów działań korygujących wdrożonych w Laboratorium i jest w pełni zgodna merytorycznie z wersją przekazaną Państwu przez naszego klienta*.

W dniu 18 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy WASKO S.A. jako najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania – na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – m.in. wykonawców: W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S. oraz E.E.A. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BARTUS Systemy Radionawigacyjne E.E.A..

W uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia Odwołujących z postępowania Zamawiający wskazał, że na wezwanie Zamawiającego wykonawcy uzupełnili wymagany protokół z badania systemu antenowego VHF składając sprawozdanie z badań parametrów antenowych wykonane przez Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy Zakład Kompatybilności Elektromagnetycznej – Sprawozdanie nr Z21/21400564/059a/15 z datą wydania 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający podał, że uzyskał z Laboratorium oświadczenie, zgodnie z którym sprawozdanie z badań wskazanego systemu antenowego o nr Z21/21400564/059a/15 zostało wystawione w dniu 30 września 2015 r. Zamawiający dysponuje również kopią oświadczenia o takiej samej treści producenta zaoferowanych systemów antenowych VHF – firmy ANEX A.P.. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane

dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 22 września 2015 r. Zamawiający stwierdził, że zaofiarowany system antenowy VHF, wbrew dokumentom złożonym przez wykonawców, nie spełniał wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tym samym – zdaniem Zamawiającego - Wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i jako tacy podlegają wykluczeniu z postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że obaj Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko wyrażone przez Zamawiającego oraz wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2793/15, zgodnie z którym Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2793/15 nie posiada legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej z uwagi na brak związania ofertą w dacie wniesienia odwołania. Zamawiający i Przystępujący podnieśli, że związanie ofertą, którego termin upływał w dniu 20 grudnia 2015 r. (niedziela) zostało przerwane wobec wysłania oświadczenia o przedłużeniu tego terminu w dniu 21 grudnia 2015 r. i doręczenia go Zamawiającemu dopiero w dniu 22 grudnia 2015 r. Izba stanęła na stanowisku, że kwestia ciągłości związania ofertą nie wymaga oceny w niniejszym postępowaniu odwoławczym, nie ma ona bowiem rozstrzygającego znaczenia dla ustalenia legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że ewentualne przerwanie związania ofertą przesądza o zasadności odmówienia wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący jest podmiotem dążącym do uzyskania zamówienia (o czym świadczy sam fakt wniesienia odwołania), a jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Skład orzekający Izby w przedmiotowej sprawie podzielił stanowisko wyrażone w m.in. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 roku (sygn. akt XXIII Ga 924/14) odnośnie zagadnienia upływu terminu związania ofertą i wpływu tego terminu na byt oferty w postępowaniu, w którym to wyroku Sąd stwierdził, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwoływających są zasadne, a czynność wykluczenia Odwoływających z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania jest pozbawiona podstaw faktycznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji wymaga w pierwszej kolejności (niezależnie od pozostałych przesłanek) wykazania, że istotne dla postępowania informacje przedstawione przez wykonawcę są niezgodne ze stanem faktycznym.

Przeprowadzone przed Izbą postępowanie dowodowe nie wykazało, aby Odwołujący – uzupełniając na wezwanie Zamawiającego sprawozdanie z badań systemu VHF – przedstawili nieprawdziwe informacje.

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożyli sprawozdanie z badań systemu antenowego nr Z21/21400324/059a/15 sporządzone przez Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy Zakład Kompatybilności Elektromagnetycznej, datowane na 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający nie stwierdził, aby przedłożone sprawozdanie nie potwierdzało któregokolwiek z wymagań określonych w SIWZ. Zamawiający nie wykazał też w uzasadnieniu wykluczenia, aby przedłożone sprawozdanie nie było autentyczne. Zamawiający stwierdził jedynie, że zaoferowany system antenowy VHF nie spełniał wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, z czym nie sposób się zgodzić.

Tezę o niespełnianiu przez zaoferowany system antenowy VHF wymagań określonych w SIWZ nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert Zamawiający oparł wyłącznie na fakcie, że ustalił istnienie protokołu z badań datowanego na 30 września 2015 r. W ocenie Izby z faktu istnienia tej wersji protokołu w żaden sposób nie wynika, że system antenowy nie spełniał wymagań na dzień składania ofert. Zamawiający miał wiedzę, że protokół z 30 września 2015 r. jest jedynie wersją powstałą na skutek poprawienia błędów edycyjnych we wcześniej sporządzonym sprawozdaniu – dysponował informacją przekazaną przez Kierownika Laboratorium, że sprawozdanie z 30 września 2015 r. jest kolejną wersją powstałą po usunięciu błędu edycyjnego. Co więcej, Kierownik Laboratorium poinformował Zamawiającego, że przedłożona przez wykonawców wersja sprawozdania z 30 kwietnia 2015 r. jest w pełni zgodna merytorycznie z wersją ostateczną z 30 września 2015 r. Okoliczność ta została dodatkowo potwierdzona złożonym podczas rozprawy oświadczeniem Kierownika Laboratorium Badań EMC z 11 stycznia 2015 r., zgodnie z którym *dokonane korekty miały jedynie charakter edytorski, nie wpływały jednak*

na merytoryczny wynik badań, który został ostatecznie ustalony w dniu 8 sierpnia 2014 r. (...). Jak jednak wyżej wskazano, informacją taką Zamawiający dysponował już w dacie podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwołujących z postępowania.

Wersji sprawozdania przekazanej w ramach uzupełnienia nie można uznać za niebyłą tylko dlatego, że Laboratorium Badań EMC poprawiło w niej drobne błędy. Nie ma wątpliwości, że sprawozdanie w wersji uzupełnionej przez Odwołujących zostało sporządzone przez uprawniony podmiot, przekazane producentowi systemu i istniało w obrocie. Potwierdzało ono cechy badanego systemu według stanu z sierpnia 2014 r., wtedy bowiem przeprowadzone zostały badania, których wyniki potwierdza sprawozdanie. Sprawozdanie z badań należy uznać za wtórne w stosunku do badań, prezentuje ono jedynie ich wynik. Skoro podstawą sporządzenia sprawozdania są przeprowadzone badania, to oczywiste jest, że system antenowy musiał posiadać określone cechy i parametry już w dacie przeprowadzenia tych badań, a zatem stwierdzenie Zamawiającego, że zaoferowany system nie spełniał wymagań na dzień składania ofert jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. W ocenie Izby zostało udowodnione, że po 3 i 8 sierpnia 2014 r. nie były przeprowadzone inne badania potwierdzające właściwości systemu. Wynika to wprost z treści sprawozdania, w którym (zarówno w wersji z 30 kwietnia 2015 r., jak i w wersji z 30 września 2015 r.) stwierdza się, że badania będące podstawą sporządzenia sprawozdania zostały wykonane w dniach 3 i 8 sierpnia 2014 r., jak również z przedłożonej przez Odwołujących na rozprawie: korespondencji mailowej z Kierownikiem Laboratorium oraz pisemnego oświadczenia tego Kierownika. Nie jest dowodem przeprowadzenia badań w późniejszym terminie złożona przez Zamawiającego podczas rozprawy kopia pisma Zastępcy Kierownika Zakładu Kompatybilności Elektromagnetycznej do przedstawiciela wykonawcy „Bracia S.”, zawierająca informację, że standardowy czas przygotowania raportu z badań to ok. 1 tygodnia od zakończenia badań. Po pierwsze wartość dowodowa powyższej kopii jest wątpliwa (nie została ona potwierdzona za zgodność z oryginałem), a po drugie – w piśmie przedstawiono informację o standardowym czasie sporządzenia sprawozdania, co nie oznacza, że w konkretnym przypadku sprawozdanie nie zostało sporządzone po upływie znacznie dłuższego czasu.

Nie sposób uwzględnić argumentacji Zamawiającego, że sprawozdanie w wersji z 30 kwietnia 2015 r. de facto nie istniało, gdyż nie zostało podpisane przez osoby, który wykonały badania, a jedynie przez Kierownika Laboratorium. Przede wszystkim wskazać należy, że okoliczność ta została podniesiona dopiero podczas rozprawy, nie była natomiast podstawą faktyczną wykluczenia Odwołujących z postępowania (nie została wskazana w przekazanym wykonawcom uzasadnieniu czynności wykluczenia). Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła, że znajdująca się w aktach postępowania kopia sprawozdania

w wersji z 30 września 2015 r. (uznawana przez Zamawiającego za właściwą) również została podpisana wyłącznie przez Kierownika Laboratorium, nie zaś przez osoby, które badania przeprowadziły.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że parametry oferowanego systemu antenowego zostały ustalone badaniami przeprowadzonymi przed upływem terminu składania ofert i potwierdzone dokumentem sporządzonym również przed tą datą, który to dokument został następnie poddany korektom i ostatecznie, po wyeliminowaniu z niego błędów edytorskich, został oznaczony datą 30 września 2015 r. W tej sytuacji na marginesie jedynie należy stwierdzić, że data wydania dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań określonych w SIWZ nie jest istotna z punktu widzenia oceny spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Rozstrzygające znaczenie ma natomiast to, czy dokument wydany po dacie składania ofert potwierdza spełnianie wymagań nie później niż na tę datę.

Wobec powyższego Izba doszła do przekonania, że Odwołujący, uzupełniając sprawozdanie z badań systemu antenowego, nie złożyli nieprawdziwych informacji. W związku z tym bezprzedmiotowe było odniesienie się do podnoszonej przez Odwołujących argumentacji dotyczącej braku zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd i znaczenia tej okoliczności dla oceny określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wykluczając Odwołujących z postępowania Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że naruszenia te miały wpływ na wynik postępowania, odwołania – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegały uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: