

Sygn. akt: KIO 1973/12

Sygn. akt: KIO 1980/12

## WYROK

z dnia 3 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 października 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 września 2012 r. przez Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin,

B. w dniu 17 września 2012 r. przez "Qumak-Sekom" S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa,

przy udziale Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt KIO 1980/12, po stronie Zamawiającego.

### **orzeka:**

**A. w sprawie odwołania wniesionego przez Gildia sp. z o.o. - Sygn. akt KIO 1973/12:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Gildia Sp. z o.o. oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa, i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin, tytułem wpisu od odwołania,

2.3 zasądza od zamawiającego Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowego Instytutu Badawczego, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa, na rzecz odwołującego Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

**B. w sprawie odwołania wniesionego przez Qumak – Sekom S.A. - Sygn. akt KIO 1980/12:**

**1. oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Qumak-Sekom S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Qumak-Sekom S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego Qumak-Sekom S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa na rzecz zamawiającego Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowego Instytutu Badawczego, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa, kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - Qumak-Sekom S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, kwoty 5.000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej tytułem nadwyżki wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 1973/12**

**Sygn. akt: KIO 1980/12**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - INSTYTUT METEOROLOGII I GOSPODARKI WODNEJ - Państwowy Instytut Badawczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o zamówienie publiczne na zaprojektowanie, dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie systemów AWOS (Automatic Weather Observing Systems) na potrzeby osłony meteorologicznej lotnisk cywilnych w Warszawie, Krakowie, Wrocławiu, Gdańsku i Bydgoszcz).

#### **KIO 1973/12**

W dniu 15 września 2012 roku odwołujący – Gildia Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność zamawiającego polegającą na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z siwz i w efekcie na unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez bezpodstawne uznanie, że oferta odwołującego została sporządzona niezgodnie z siwz, pomimo iż w rzeczywistości taka niezgodność nie zachodziła;
2. z ostrożności, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w zakresie w jakim umożliwiono to pozostałym wykonawcom.
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez uznanie, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, mimo iż oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący podniósł, że nie zaistniała niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opis procedury instalacji – stanowiący załącznik nr 2A mógł być, w jego ocenie sporządzony przez wykonawców w dowolnej formie, musiał on jedynie odnosić się do wszystkich fragmentów wydzielonych w tabelach w Załączniku nr 2A oraz uwzględniać art. 9 pkt 1 i 2 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1034/2011 z dn. 17 października 2011 r. w sprawie nadzoru nad bezpieczeństwem w zarządzaniu ruchem lotniczym i służbach żeglugi powietrznej oraz zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 691/2010. Wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest bezpieczeństwo, a zamawiający miał oceniać spełnienia tego kryterium biorąc pod uwagę informacje wskazane przez wykonawców w Załączniku 2A do oferty (pkt 1-7),

które łącznie mogą dać 100 pkt. Informacje wskazane w Załączniku 2A podlegają ocenie punktowej zatem w przypadku uznania przez zamawiającego, że informacje nie spełniają jego wymagań winien on przyznać wykonawcy odpowiednio mniejszą liczbę punktów w ramach kryterium Bezpieczeństwa. Ponadto, odnosząc się do zarzutów zawartych w informacji o odrzuceniu oferty odwołujący wskazał, że wypełnił Załącznik nr 2A w całości, zgodnie z instrukcjami Zamawiającego, odnosząc się do każdego z punktów wskazanych w Załączniku nr 2A. Zawarł w pkt. 6 Załącznika także wymaganą analizę zagrożeń funkcjonalnych. W szczególności, Odwołujący zawarł w ofercie opis zagrożeń funkcjonalnych AWOS w fazie pracy samodzielnej, jak również opis sposobu uniknięcia interferencji z obecnymi systemami AWOS w fazie wdrożenia. Jednocześnie Odwołujący zaznacza, że szczegóły analizy znajdują się w projekcie wykonawczym, do dostarczenia którego Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 7 dni od podpisania umowy z Zamawiającym. Pozostałe elementy oferty wskazane przez Zamawiającego jako braki w ofercie Wykonawcy tj.: analiza ryzyk, uwzględnienie instalacji ostatecznej oraz testów OAT, uwzględnienie założeń do oferty obejmujących aktualny stan infrastruktury Zamawiającego, zapewnienie o bezpieczeństwie na wypadek awarii, opis interfejsów elektrycznych i optycznych, schemat systemu w szczególnej formie, nie były przez niego wymagane. Skoro więc, zgodnie z SIWZ, oferta nie musiała zawierać ww. elementów, ich brak nie może być podstawą do uznania, że jest z SIWZ niezgodna.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów podniesionych w decyzji o odrzuceniu oferty, odwołujący wskazał, że:

*zarzut nr 1 „wykonawca nie wskazał rozwiązania problemu wymiany starego systemu AWOS na nowy z uwzględnieniem fazy równoległej, nie oferuje bezpiecznego przeniesienia urządzeń na docelowa stanowiska. Wynika to z opisu koncepcji Wykonawcy (pkt.3 w każdej lokalizacji) wg. której końcowe testy SAT mają zostać przeprowadzone bezpośrednio po pierwotnej instalacji sensorów. Jest to niezgodne z wymaganiami Zamawiającego (pismo NJ/252/2012 z dnia 01. 06. 2012 - zmiany zapisów SIWZ stanowiące integralną część SIWZ). Z opisu przedstawionego w ofercie wynika, że Wykonawca nie ma świadomości że do jego obowiązków i odpowiedzialności należy sukcesywne przeniesienie czujników w ich docelowe lokalizacje- po demontażu przez PAŻP obecnie eksploatowanych systemów. Proces ten stanowi główne zagrożenie dla operacyjności lotniska, które to zagrożenie powinno być świadomie zminimalizowane i poddane szczególnej analizie. W ofercie Wykonawcy brak jest takiej analizy, a choćby wstępnej sygnalizacji opracowywania ryzyk związanych z instalacją i integracją urządzeń nowych systemów na tle wyłączenia obecnie eksploatowanych AWOS”.*

Odwołujący, składając ofertę oświadczył, że akceptuje wszelkie wymogi zawarte w SIWZ oraz załącznikach do niej (pkt. 2 Formularza oferty), stąd należy uznać, że choć testy te nie zostały uwzględnione w ogólnej strategicznej koncepcji opisanej w Załączniku nr 2A, Odwołujący przeprowadzi je zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Brak w ogólnej koncepcji wszystkich etapów nie oznacza, że nie zostały one w ogóle przewidziane w realizacji projektu. Z istoty koncepcji Wykonawcy wynika, że jest ona przygotowywana przy pewnym stopniu ogólności, stąd nie wszystkie etapy prac muszą zostać w niej wymienione. W przypadku niejasności dot. treści oferty Zamawiający powinien był zwrócić się do Odwołującego z pytaniem w zakresie budzącym jego wątpliwości w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i dopiero po uzyskaniu odpowiedzi ewentualnie odrzucić ofertę jako niezgodną z SIWZ. Ponadto należy zauważyć, że Zamawiający naruszył także art. 7 ust 1 Pzp tj. nierówno potraktował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Mianowicie w Załączniku 2A do oferty Qumak- Sekom (np. pkt. 1.3 str. 53 oferty - opis dla lotniska Warszawa) w koncepcji Qumak- Sekom (w wierszu: kolejność wykonywanych czynności) także zostały pominięte testy OAT. Mimo to oferta Qumak- Sekom nie została odrzucona przez Zamawiającego z tego powodu, w przeciwieństwie do oferty Gildii Sp. z o.o. Ponadto Zamawiający twierdzi, że : „W ofercie Wykonawcy brak jest takiej analizy, a choćby wstępnej sygnalizacji opracowywania ryzyk związanych z instalacją i integracją urządzeń nowych systemów na tle wyłączenia obecnie eksploatowanych AWOS.” Nie można zgodzić się z tym zarzutem. Zamawiający nie wymagał bowiem szczególnej zawartości opisów i analiz jakich wymaga na etapie oceny ofert, skoro więc zgodnie z SIWZ, oferta nie musiała zawierać konkretnego zakresu analizy, analiza zawartość nie spełniająca oczekiwań Zamawiającego, nie może być podstawą do uznania, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Jeśli Zamawiający wymagał przedstawienia w ofercie konkretnej zawartości analizy, o której mowa powyżej powinien był to określić w sposób precyzyjny w SIWZ. Takiego żądania Zamawiającego zarówno precyzyjnego jak i nieprecyzyjnego brak w SIWZ. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych postanowień SIWZ. Jak stwierdziła Izba w wyroku z dn. 7 września 2010 r.: „(...) Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych postanowień SIWZ, w szczególności dotyczących sposobu dokonywania oceny spełniania warunku”. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyrokach z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1641 /09, wyrok KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt KIO 1154/10, czy też w wyroku KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt KIO 1233/10.

*Zarzut nr 2. „Wykonawca nie uwzględnił w swojej lakonicznej koncepcji własnego udziału w demontażu polegającego na monitorowaniu pracy równoległej obu systemów, instalacji ostatecznej, testów OAT (pominięte zupełnie w koncepcji Wykonawcy).”*

Wykonawca, realizując przedmiot zamówienia będzie wykonywał szereg czynności zmierzających do wykonania zawartej umowy. W skład tych czynności wchodzi również m. in.: montaż, demontaż, przeniesienie, testy OAT, monitorowanie równoległej pracy systemów, a na etapie końcowym ostateczna instalacja, sprawdzenie (testy) i oddanie protokolarne przedmiotu umowy. Czynności te można mnożyć, gdyż realizacja przedmiotu zamówienia jest złożona i wymaga przeprowadzenia różnego rodzaju prac. Zamawiający nie żądał jednak w SIWZ szczegółowego wymienienia wszystkich czynności zmierzających do realizacji umowy. Żądał jedynie zasadniczej koncepcji dotyczącej wykonywanych czynności. Ogólne sformułowanie: „instalacja sensorów i komputerów” (np. Załącznik 2A pkt. 1- Lotnisko w Warszawie, pkt. 3 tabeli) nie świadczy o tym, że Wykonawca nie przewidział w ramach tej czynności: własnego udziału w demontażu polegającego na monitorowaniu pracy równoległej obu systemów, instalacji ostatecznej, testów OAT. Wykonawca bowiem oferuje w ramach realizacji zamówienia wykonanie wszystkich tych czynności. Należy ponownie zaznaczyć, że Odwołujący składając ofertę oświadczył, że akceptuje wszelkie wymogi zawarte w SIWZ oraz załącznikach do niej (pkt. 2 Formularza oferty), stąd należy uznać, że choć własny udział w demontażu polegający na monitorowaniu pracy równoległej obu systemów, instalacja ostateczna, testy OAT nie zostały uwzględnione w ogólnej strategicznej koncepcji opisanej w Załączniku 2A, Odwołujący przeprowadzi jest zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W przypadku niejasności dot. treści oferty Zamawiający powinien był zwrócić się do Odwołującego z pytaniem w zakresie budzącym jego wątpliwości w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

*Zarzut nr 3 „W opisach instalacji brak założeń (dot. stanu aktualnego infrastruktury u zamawiającego). W wyniku Wykonawca potraktował jednakowo wszystkie lotniska, nie uwzględnił szczególnych wymogów dotyczących poszczególnych lotnisk, np. na lotnisku w Bydgoszczy nie są wymagane prace budowlane, a O zgodnie z koncepcją- są one wliczone w cenę oferty.”*

Wykonawca odbył we wszystkich miejscach instalacji wizje lokalne zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, oraz ujął w swojej ofercie wszelkie prace niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Odnosząc się do zarzutu wskazanego przez Zamawiającego należy wyjaśnić, że prace budowlane wchodzące w zakres zamówienia, opisane w ofercie na wszystkich lotniskach, są przede wszystkim pracami instalacyjnymi. Prace stricte budowlane, takie jak wykonanie fundamentów

stanowią marginalną część przedmiotu zamówienia (ułamek procenta wartości przedmiotu oferty). Gildia Sp. z o.o. w Opisie procedury instalacji (Załącznik nr 2A do oferty) opisała w koncepcji wykonanie fundamentów na wszystkich lotniskach nie określając szczegółowo jakich to dotyczy fundamentów- czy na okres pracy równoległej systemów AWOS (istniejącego i wdrażanego), czy też docelowo umiejscowionych nowych system AWOS. Nie określiła również w koncepcji, kto będzie wykonawcą tych fundamentów. Wskazał jednak wskazał, że jest to czynność, która musi zostać wykonana podczas wdrażania nowego systemu AWOS. Konkretny podział prac pomiędzy wykonawcę, a właściciela infrastruktury określa SIWZ. Zatem błędnym jest twierdzenie, że Gildia Sp. z o.o. zawarła w swojej ofercie prace, których nie wymagał Zamawiający, gdyż prace te muszą być wykonane, tyle, że nie przez Wykonawcę. Przedstawiony w ofercie Załącznik nr 2A wlicza zarówno prace do których zobowiązany jest Wykonawca jak i Zamawiający. Przedstawiony opis procedur}' instalacji ma zastosowanie do każdej z lokalizacji, natomiast szczegółowy sposób i zakres wykonywania prac znajdzie się w projekcie wykonawczym, dostarczonym po podpisaniu umowy. Dodatkowo opis procedury instalacji włącza również czynności nie wyszczególnione przez odwołującego, a konieczne do wykonania, czy to przez Wykonawcę, czy przez Zamawiającego. Do czynności tych zaliczyć należy m. in. podłączenie elektryczne i telekomunikacyjne do istniejącej infrastruktury, podłączenie elektryczne i telekomunikacyjne w ostatecznym miejscu instalacji, wykonanie wszystkich prac ziemnych, pomiary, uzyskanie niezbędnych pozwoleń wejścia na tereny lotnisk itd. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ, lecz powstał, co najwyżej obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

*Zarzut nr 4. „Nie opisano zagrożeń funkcjonalnych AWOS w fazie pracy samodzielnej- po demontażu obecnie pracujących systemów.”*

Wykonawca dokonał niezbędnej analizy zagrożeń, w efekcie w pkt. 6b Załącznika nr 2A, dostosowując się do wymagań SWIZ, Wykonawca zawarł informację na temat stanu istniejących zagrożeń funkcjonalnych systemu w fazie pracy samodzielnej AWOS. Mianowicie, wskazał na brak istnienia zagrożeń w funkcjonowaniu systemu w fazie pracy samodzielnej. Należy podkreślić, że informacje przedstawione przez Wykonawcę w tym punkcie Załącznika nr 2A podlegają ocenie punktowej Zamawiającego, a w przypadku uznania przez Zamawiającego, że informacje zawarte w Załączniku nie spełniają jego wymagań winien był przyznać Wykonawcy odpowiednio mniejszą liczbę punktów w ramach spełniania kryterium BEZPIECZEŃSTWA. Zamawiający jednak tak nie uczynił, ale odrzucił ofertę ze względu na jej niezgodność z SIWZ, która w rzeczywistości nie



istnieje. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ, lecz powstał, co najwyżej obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

*Zarzut nr 5. „Brak zapewnienia o bezpieczeństwie na wypadek awarii, np. opisu funkcji redundancji w sytuacjach różnego rodzaju awarii zasilania, interfejsów elektrycznych i optycznych.” Brak analizy sytuacji krytycznych, np. w przypadku awarii sieci LAN lub serwerów.”*

Oferta Wykonawcy jest zgodna z SIWZ. Ponadto Odwołujący składając ofertę oświadczył, że akceptuje wszelkie wymogi zawarte w SIWZ oraz załącznikach do niej (pkt. 2 Formularza oferty). SIWZ nie wymaga przeprowadzenia osobnej analizy pod kątem awarii zasilania, interfejsów elektrycznych i optycznych, oraz sytuacji krytycznych np. w przypadku awarii sieci LAN lub serwerów, dlatego też taka analiza została przeprowadzona w ramach analizy zagrożeń a efekt tej analizy został wskazany w pkt 6 Załącznika 2A do oferty (s.7). Wykonawca zaznaczył, iż istnieje brak zagrożeń funkcjonalnych systemu w fazie pracy samodzielnej AWOS. Szczegóły rozwiązania znajdują się w projekcie wykonawczym przedstawionym po podpisaniu umowy. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ, lecz powstał, co najwyżej obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

*Zarzut nr 6. „Brak opisów interfejsów elektrycznych i optycznych”*

Wykonawca rzeczywiście nie zamieścił w swojej ofercie opisów interfejsów elektrycznych i optycznych, gdyż Zamawiający nie postawił w SIWZ takiego wymagania. Zamawiający żądał jedynie przekazania kart katalogowych. Nie napisał jednak co powinno znaleźć się w takiej karcie katalogowej. Nie może on zatem oczekiwać zawarcia w ofercie czegoś więcej niż wymagał. Skoro więc, zgodnie z SIWZ, oferta nie musiała zawierać ww. opisów, ich brak nie może być podstawą do uznania, że jest ona niezgodna z SIWZ. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ.

*Zarzut nr 7. „Brak opisu sposobu uniknięcia interferencji z obecnymi systemami AWOS.”*

Wykonawca zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawarł w pkt. 6a Załącznika Nr 2A sposób uniknięcia interferencji, napisał m. in. że: „Oddzielne okablowanie oraz inne częstotliwości nadawania w celu uniknięcia zaburzeń w transmisji danych. Wykorzystanie standardowych protokołów komunikacji. ” Należy podkreślić, że informacje przedstawione

przez Wykonawcę w tym punkcie Załącznika nr 2A podlegają ocenie punktowej Zamawiającego, a w przypadku uznania przez Zamawiającego, że informacje zawarte w Załączniku nie spełniają jego wymagań winien był przyznać Wykonawcy odpowiednio mniejszą liczbę punktów w ramach spełniania kryterium BEZPIECZEŃSTWA. Zamawiający jednak tak nie uczynił, ale odrzucił ofertę ze względu na jej niezgodność z SIWZ, która w rzeczywistości nie istnieje. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ, lecz powstał, co najwyżej obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

*Zarzut nr 8. „W części oferty, zatytułowanej przez Wykonawcę „Dokumenty spełniające wymogi pkt. 6.8.2”- schemat ma charakter informacyjno-szkoleniowy, nie jest ukazaniem sposobu, koncepcji instalacji systemów, które są niezależne od lokalizacji. Szkice nr 1 i nr 2 przedstawiają sposób podłączenia modemów do CDP (punkt pojedynczej awarii, od którego zależy bezpieczeństwo całego systemu) - nie stanowi to zabezpieczenia redundancją, ponieważ nie łączą się bezpośrednio z LAN lub stacjami roboczymi WKS, w szczególności na wieży TWR. W przypadku awarii serwera takie rozwiązanie powoduje całkowite odcięcie dopływu danych do WKS.”*

Wykonawca zapewnia, że w przypadku awarii serwera, funkcje przejmuje drugi serwer i zasila on danymi stacje robocze WKS. Ponadto co najmniej dwie (w zależności od lokalizacji) ze stacji roboczych WKS naniesionych na schematy znajdujące się na SZKICU nr 1 i SZKICU nr 2 są redundantnie, bezpośrednio połączone z platformą zbierania danych, w związku z czym w przypadku awarii serwera nr 1 oraz serwera nr 2, dane do stacji roboczych (niezależnych wyświetlaczy) są przekazywane z pominięciem serwerów. Odbywa się to w ramach tej samej sieci, w związku z czym nie ma potrzeby wrysowywania oddzielnego połączenia na schemacie. Ponadto należy podkreślić, że załączone do oferty szkice nazywane przez zamawiającego „schematem graficznym połączeń” stanowią część oferty Odwołującego, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Oferowane systemy AWOS spełniają wymagania SIWZ i zawierają elementy zabezpieczeń, wymagane przez Zamawiającego co wykonawca potwierdził w swoim oświadczeniu (pkt. 2 Formularza oferty). Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający nie zawarł w wymaganiach dotyczących stopnia szczegółowości tych szkiców, szczegółowości opisów poszczególnych elementów graficznych zamieszczonych na szkicach, czy chociażby nie określił dla wszystkich wykonawców jednorodnej symboliki oznaczeń, jaka ma być zastosowana w odniesieniu do poszczególnych elementów systemu naniesionych na szkice. Zabezpieczenia, których wymaga Zamawiający są standardowymi elementami systemów AWOS, te właśnie zabezpieczenia oferuje

Odwołujący. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz, lecz powstał, co najwyżej obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w zakresie niejasnej dla Zamawiającego części oferty (schematów).

### **KIO 1980/12**

W dniu 17 września 2012 roku odwołujący - Qumak Sekom wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym wskazał na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na postępowanie zamawiającego wskazujące na łamanie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,
2. art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp z uwagi na brak podstaw prawnych zastosowania przedmiotowego przepisu, bowiem oferta Qumak- Sekom S.A. jest ofertą zgodną z SIWZ a wykonawca spełnia warunki podmiotowe, umożliwiające mu udział w postępowaniu a zatem oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona a uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Ponadto zamawiający oparł swoją decyzję na subiektywnych przesłankach, nie zgodnych zdaniem odwołującego, ze stanem rzeczywistym i przepisami prawa.
3. art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, podczas, gdy odwołujący w wystarczający sposób wykazał spełnienie warunków postępowania a w szczególności przedłożył w terminie zamawiającemu dokument Yerklarmg, tzw. VOG z Centralnej Agencji ds. Certyfikatów Właściwego Postępowania.
4. art. 46 ust 4a Pzp przez bezpodstawne zatrzymanie wadium, tj. zażądanie zapłaty wadium, mimo że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, wykazując należyłą staranność złożył wszystkie żądane przez zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Qumak- Sekom S.A. zarzucił zamawiającemu błąd w ustaleniach faktycznych mający nader istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, polegający na tym, że zamawiający podając podstawę odrzucenia oferty odwołującego jak i zatrzymania wadium wskazuje, że spółka złożyła w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnień jedynie oświadczenie sporządzone przed notariuszem przez członka zarządu holenderskiego kontrahenta odwołującego- spółki Telvent Netherlads BV - podczas, gdy przedmiotowe oświadczenie zostało złożone jedynie z daleko idącej ostrożności, uzupełniająco a zamawiający pominął w

ogóle fakt, że Qumak- Sękom S.A. załączył do swoich wyjaśnień urzędowy dokument Verklaring, tzw. VOG z Centralnej Agencji ds. Certyfikatów Właściwego Postępowania wystawiony z datą z 2009 r. jak i z 2012 r.

Odwołujący wniósł o

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania przetargowego;
2. nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w postępowaniu i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oferty złożonej przez Qumak- Sekom S.A.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący wskazując na istnienie interesu we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp podniósł, że w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów przedłożył do swoich wyjaśnień z dnia 13 sierpnia 2012 roku urzędowy dokument Verklaring tzw. VOG z Centralnej Agencji ds. Certyfikatów Właściwego Postępowania wydany przez uprawnione organy holenderskie z roku 2009 oraz 2012, potwierdzający, że członkowie zarządu spółki Telvent Netherlands Bv nie są karani. Niniejszy dokument jest odpowiednikiem polskiego KRK, a fakt, że dokument różni się od polskiego KRK nie oznacza, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek siwz i ustawy Pzp. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że dodatkowo, niejako z ostrożności procesowej załączył do wyjaśnień oświadczenie złożone przed notariuszem od osoby upoważnionej do działania w imieniu Telvent Netherland BV.

W ocenie odwołującego, zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji oparł się jedynie na oświadczeniu, pomijając zupełnie treść dokumentu VOG.

Odwołujący podniósł także, że w sytuacji przedłożenia dokumentów VOG z datą 2009 i 2012 roku, niezrozumiała i dotkliwa jest dla niego decyzja zamawiającego o zatrzymaniu wadium wykonawcy w sytuacji, gdy w przedmiotowej sprawie nie można mówić o braku uzupełnienia dokumentów na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej podniósł, że art. 46 ust. 4 a Pzp dotyczy sytuacji, gdy dany wykonawca nie składa w ogóle dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Przy czym chodzi tu o brak „fizyczny” dokumentu lub oświadczenia. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, gdy wykonawca składa dokumenty, ale czyni to niewłaściwie bądź dokumenty te nie potwierdzają danego warunku. Przyjmuje się, że utartą wadium sankcjonowana jest bierność wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a z biernością nie mamy

do czynienia w sytuacjach, gdy wykonawca uzupełnił dokumenty na żądanie zamawiającego. Odwołujący powołał także orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, który w wyroku z dnia 20 maja 2010 roku potwierdził stanowisko odwołującego co do interpretacji art. 46 ust. 4 a Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swoje przystąpienie wykonawca Gildia S.A., wnosząc w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania na podstawie 189 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na wniesienie odwołania z uchybieniem terminu. W przypadku, gdyby nie doszło do odrzucenia odwołania przystępujący wniósł o jego oddalenie.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego Gildia Sp. z o.o., co do wskazanej przesłanki odrzucenia odwołania Qumak- Sekom w oparciu o art. 189 ust. 1 pkt 3 z uwagi na wniesienie odwołania po upływie ustawowego terminu. Przystępujący podnosił, że odwołanie dotyczy czynności o których odwołujący powziął informację już w dniu 7 sierpnia 2012 roku, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń.

Zdaniem Izby odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu i dotyczy czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania, o której odwołujący powziął informację dnia 6 września 2012 roku. Samo wezwanie do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów, nie stanowiło, w ocenie Izby, podstawy do złożenia odwołania, tym bardziej, że nie było znane stanowisko zamawiającego co do oceny prawnej złożonych w wyniku uzupełniania dokumentów i oświadczeń.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

## Odwołanie Gildia Sp. z o.o. Sygn. akt: KIO 1973/12

### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W oparciu o dokumentację akt sprawy oraz po wysłuchaniu stanowisk stron, Izba uznała, że zarzuty odwołującego co do niezasadnego odrzucenia jego oferty oraz konsekwencji unieważnienia postępowania są zasadne.

W ocenie Izby, załącznik 2A, w oparciu o który zamawiający sformułował zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią siwz, miał umożliwić zamawiającemu ocenę i przyznanie punktacji w kryterium Bezpieczeństwo, jakie zamawiający wprowadził do specyfikacji istotnych warunków zamówienia modyfikacją z dnia 1 czerwca 2012 roku.

Na taką rolę załącznika wskazał sam zamawiający w piśmie z dnia 1 czerwca 2012 roku (NJ/252/2012), gdzie podał:

*„I. Procedura instalacji – ocena będzie dokonana na podstawie „Opisu procedury instalacji”, stanowiącego obligatoryjny Załącznik 2A do Formularza oferty (punkty 1-5) oraz*

*proponowanego sposobu wdrażania z przedstawioną Analizą Zagrożeń Funkcjonalnych (patrz punkt 6 Załącznika 2A) – maksymalnie 60 punktów”.*

Słusznym jest zatem stanowisko zaprezentowane przez odwołującego, że biorąc pod uwagę rolę jaką pełnił Załącznik 2A, wszelkie ewentualne braki w jego treści winny skutkować przyznaniem wykonawcy odpowiednio mniejszej ilości punktów w kryterium „Bezpieczeństwo”, a nie odrzuceniem oferty jako niezgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Opis procedury instalacji, stanowiący załącznik 2A do oferty miał przedstawiać ogólną koncepcję strategii przeprowadzenia całościowej operacji wymiany systemów AWOS i zadaniem wykonawców było przedstawienie w odpowiednich opisach zamieszczonych w tabeli własnej, indywidualnej koncepcji realizacji zamówienia. Co istotne, zamawiający w żadnym z postanowień siwz nie narzucił elementów, które winny znaleźć się w tejże koncepcji, wskazując jedynie na konieczność jej zgodności z wymogami art. 9 pkt 1 i 2 Rozporządzenia wykonawczego komisji UE nr 1034/2011 z dn. 17 października 2011 w sprawie nadzoru nad bezpieczeństwem w zarządzaniu ruchem lotniczym i służbach żeglugi powietrznej. Przywołany przez zamawiającego przepis rozporządzenia dotyczy nadzoru nad bezpieczeństwem zmian w systemach funkcjonalnych i wymaga, aby „podejmując decyzję o wprowadzeniu zmian mających wpływ na bezpieczeństwo w

systemach funkcjonalnych, organizacje stosowały wyłącznie procedury zatwierdzone przez odpowiedni właściwy organ. W przypadku instytucji zapewniających służby ruchu lotniczego oraz instytucji zapewniających służby łączności, nawigacji lub nadzoru odpowiedni właściwy organ zatwierdza te procedury w ramach rozporządzenia wykonawczego (UE) nr 1035/2011.” ( pkt 1 art. 9). Z postanowień pkt 2 tego przepisu wynika, obowiązek informowania przez organizację odpowiednio właściwego organu o planowanych zmianach związanych z bezpieczeństwem. W tym celu właściwe organy ustanawiają odpowiednie procedury administracyjne zgodnie z prawem krajowym.

W ocenie Izby, zamawiający w toku rozprawy nie wykazał, że zachodzi niezgodność opisu koncepcji z przywołanymi normami UE.

Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem zamawiającego zaprezentowanym podczas rozprawy, że zadaniem wykonawców było ujęcie w załączniku 2A wszystkich etapów prac, wskazanych przez zamawiającego w harmonogramie działań dla każdej lokalizacji, wymienionych w odpowiedzi na pytanie nr 57 z dnia 1 czerwca 2012 roku. Po pierwsze konieczność ta nie wynika z samej treści siwz jak i dokonanych w toku postępowania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po drugie koncepcja z samej swej istoty charakteryzuje się pewnym stopniem ogólności, co powoduje, że nie muszą w niej być określone wszystkie niezbędne do realizacji zamówienia czynności. Ponadto zwrócić należy uwagę, że etapy prac ujęte w koncepcji przedstawionej przez Gildia Sp. z o.o. zostały nazwane odmiennie od sformułowań ujętych w harmonogramie działań przewidzianym przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 57, stąd trudno porównać ich faktyczny zakres. Po trzecie, ujęte w odpowiedzi na pytanie 57 harmonogram prac, jest harmonogramem przewidzianym przez samego zamawiającego. Tymczasem wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy, zgodnie z harmonogramem, do którego przygotowania i przedstawienia zobowiązany jest w terminie 3 dni roboczych od dnia zawarcia umowy, co wynika z treści §2 ust. 1 i ust. 3 wzoru umowy. Podsumowując, niezasadne jest twierdzenie zamawiającego, że koncepcja przedstawiona w ofercie ma odzwierciedlać etapy prac ujęte w harmonogramie przewidzianym przez samego zamawiającego w odpowiedzi na pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie można także na podstawie analizy ogólnej koncepcji przygotowanej przez odwołującego i wskazanych w niej etapów wykonywanych czynności, jednoznacznie stwierdzić, jak czyni to zamawiający, że wykonawca nie przewidział, a zatem nie wykona pewnych niezbędnych dla prawidłowej realizacji zamówienia czynności. Trudno bowiem wnioskować co kryje się pod ogólnie sformułowanymi etapami prac, jak np. montaż fabryczny/testy, przeprowadzanie testów fabrycznych, wysyłka systemu itp.

W konsekwencji niezasadny jest zarzut zamawiającego, że z opisu koncepcji odwołującego wg. której końcowe testy SAT mają zostać przeprowadzone bezpośrednio po instalacji sensorów i komputerów wynika, że „wykonawca nie wskazał rozwiązania problemu wymiany starego systemu AWOS na nowy z uwzględnieniem fazy równoległej”, z czego zamawiający wywodzi daleko idący wniosek, że wykonawca nie oferuje bezpiecznego przeniesienia urządzeń na docelowe stanowiska. Jak wskazano wyżej koncepcja ma charakter ogólny i nie można z faktu braku wskazania wprost w treści koncepcji przeprowadzenia wymiany systemu AWOS wywodzić jednoznacznego wniosku, że etap ten, jakkolwiek niezwykle istotny dla realizacji zamówienia, nie został przez wykonawcę przewidziany i nie zostanie przez niego wykonany w toku prac.

Skoro zamawiający nie postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost wymagania dotyczącego przedstawienia przez wykonawców rozwiązania problemu wymiany starego systemu AWOS na nowy z uwzględnieniem fazy równoległej, to brak ujęcia w ofercie wykonawcy tego problemu nie może pociągać negatywnych skutków w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Z odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji ewidentnej niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy jej modyfikacjami dokonanymi w toku procedury. Zamawiający nie żądał przedstawienia szczegółowo wszystkich elementów prac, czynności czy etapów, zatem wskazane w decyzji o odrzuceniu oferty braki w koncepcji tj.: brak uwzględnienia własnego udziału w demontażu polegającego na monitorowaniu pracy równoległej obu systemów, instalacji ostatecznej, testów OAT, brak zapewnienia o bezpieczeństwie na wypadek awarii, brak analizy sytuacji krytycznych, brak opisów interfejsów elektrycznych i optycznych czy brak opisu uniknięcia interferencji z obecnymi systemami AWOS, nie mogą być powodem odrzucenia oferty wykonawcy.

Izba wzięła także pod uwagę okoliczność, że przedmiot zamówienia ma charakter złożony i obejmuje kompleksowe przeprowadzenie operacji wymiany AWOS na potrzeby ochrony meteorologicznej lotnisk cywilnych w Warszawie, Krakowie, Wrocławiu, Gdańsku, Bydgoszczy począwszy od zaprojektowania, dostarczenia, aż po zainstalowanie i uruchomienie systemów. W trakcie realizacji zamówienia do obowiązków wykonawcy będzie należało wykonanie szeregu czynności, które winny zostać ujęte w przygotowanym przez wykonawcę precyzyjnie projekcie wykonawczym, do którego opracowania i przedstawienia wykonawca jest zobowiązany w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy. Wykonawca może przystąpić do wykonania przedmiotu umowy, dopiero po uzyskaniu pisemnej akceptacji projektu.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że ofertę należy rozpatrywać w całości, mając na uwadze także pozostałe oświadczenia w niej złożone, w szczególności co do



prawidłowego i zgodnego z wymaganiami zamawiającego wykonania całego przedmiotu zamówienia. W tym względzie należy mieć na uwadze oświadczenie wykonawcy zawarte w treści wzoru umowy, gdzie w § 1 ust. 2 zamawiający określił zakres przedmiotu umowy, który został przez wykonawcę w sposób jednoznaczny zaakceptowany.

Ponadto podnieść należy, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty ustawodawca przewidział możliwość wezwania wykonawcy do udzielenia jej wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Mimo, iż z dyspozycji tego przepisu wynika, że jest on jedynie uprawnieniem zamawiającego, to jednak, mając na uwadze ciążący na zamawiającym obowiązek rzetelnej oceny ofert, należy uznać, że zamawiający przez podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty winien wyczerpać tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 Pzp, czego w rozpatrywanym stanie faktycznym nie uczynił. Przeprowadzona rozprawa wykazała, że po stronie zamawiającego istnieją istotne wątpliwości co do treści złożonej oferty, które w ocenie Izby, mogą zostać usunięte w toku udzielonych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba wskazuje, że jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu, co powoduje, że zarzuty podnoszone przez zamawiającego względem oferty odwołującego, nie wskazane wcześniej w decyzji o odrzuceniu oferty nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym. Przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia oferty odwołującego z powodu uprzednio mu nieznanego. W tym miejscu Izba przywołuje orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, w którym potwierdzono, iż termin do wniesienia odwołania biegnie dopiero wtedy, gdy wykonawca mógł zapoznać się nie tylko z rozstrzygnięciem postępowania ale i jego motywami (*por. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 28 stycznia 2010 r. wydany w sprawie Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, sygn. akt C 406/08*). W rozpatrywanym stanie faktycznym, zarzuty dotyczące wskazywanej przez zamawiającego niewłaściwej ilości czujników czy ewentualnego podłączenia systemu do infrastruktury teletechnicznej istniejącej jak również zastosowania cejlometru, które komunikuje się przez interfejs RS232, jako nie wskazane uprzednio w decyzji o odrzuceniu oferty, nie mogły być podniesione w odwołaniu, co w konsekwencji powoduje niemożliwość ich rozpoznania przez Izbę w toku przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

W zaistniałej sytuacji zasadnym jest uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem trybu udzielenia wyjaśnień przewidzianego w art. 87 ust. 1 Pzp.

### **Qumak – Sekom Sygn. akt: KIO 1980/12**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zarzut dotyczący naruszenia art.89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie potwierdził się a zamawiający zasadnie dokonał czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.

Izba ustaliła, że odwołujący na wezwanie zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2012 roku do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 2 Pzp przełożył w wyznaczonym przez niego terminie dokumenty Verklaring tzw. VOG z Centralnej Agencji ds. Certyfikatów Właściwego Postępowania wystawione z datą 13 sierpnia 2012 roku oraz 29 października 2009 roku wraz z wyjaśnieniem co do sposobu i terminów wystawiania stosowanych dokumentów o niekaralności przez właściwy w Holandii urząd oraz załączył oświadczenie złożone przed notariuszem.

Niespornym między stronami jest, że w Holandii wydawane są urzędowe zaświadczenia o niekaralności członków zarządu oraz podmiotu, co powoduje, w świetle brzmienia przepisu § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817), niemożliwym potwierdzenie okoliczności niekaralności członków organu zarządzającego oraz podmiotu za pomocą oświadczenia złożonego przed odpowiednim notariuszem. Kwestią sporną między stronami jest to, czy załączone w wyniku uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności członków zarządu oraz podmiotu wystawione przez Verklaring VOG z datą 29 października 2009 roku i 13 sierpnia 2012 roku spełniają wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów.

W § 2 ust.1 pkt 5 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817) ustawodawca wskazał,

że dla wykazania braku podstaw wykluczenia w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 8 i 9 Pzp zamawiający żąda złożenia przez wykonawców aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków albo ofert. W świetle powyższego, mając na uwadze, że termin składania oferty upływał dnia 19 lipca 2012 roku, nie można uznać, że spełniające wymagania rozporządzenia zaświadczeń wystawionych przez uprawniony organ w Holandii z datą 29 października 2009 roku.

Oceniając dokument urzędowy dotyczący niekaralności zarządu spółki holenderskiej Telvent Netherlands B.V. oraz niewykluczenia tej spółki z przetargów, wystawiony z datą 13 sierpnia 2012 roku i złożony zamawiającemu na skutek wezwania do uzupełniania dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp., Izba wzięła po uwagę, następujące okoliczności:

Zasadą, wynikającą z dyspozycji art. 44 Pzp jest złożenie wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów, jeżeli zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków. Wyjątkiem od tej zasady jest przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp możliwość uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń nie złożonych wraz z ofertą lub złożonych, ale zawierających błęd. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako wyjątek od generalnej zasady składania dokumentów i oświadczeń wraz z ofertą należy stosować ściśle i nie dopuszcza się w tym zakresie interpretacji rozszerzającej. Ustawodawca przewidział, iż w sytuacji dokumentów lub oświadczeń złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, dokumenty te (jak również oświadczenia) mają potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert..

Przepis art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp określa zatem jednoznacznie termin, według którego należy ocenić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. „nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)”.

Tymczasem termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 19 lipca 2012 roku, zatem za spełniające wymagania należy uznać dokumenty, które potwierdzają niekaralność członków zarządu i podmiotu w okresie na 6 miesięcy przed datą składania ofert.

Mając na uwadze powyższe uregulowania prawne, Izba stwierdza, że zaświadczenia o niekaralności, uzupełnione w wyniku wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wydane z datą po terminie składania ofert (dnia 13 sierpnia 2012 roku) i nie odnoszące się do okoliczności sprzed terminu składania ofert, nie mogą zostać uznane za ważne i spełniające wymagania określone wyżej

przywołanymi przepisami prawa. Nie można bowiem wykluczyć, choćby hipotetycznej sytuacji, że pomiędzy datą składania ofert a datą wydania zaświadczenia doszło do zatarcia skazania.

Za zasadny Izba uznała natomiast zarzut dotyczący nieuprawnionego zatrzymania przez zamawiającego wadium i w tym zakresie Izba wskazuje na brak zaistnienia przesłanki uprawniającej zamawiającego do dokonania tej czynności, określonej w art. 46 ust. 4 a Pzp. Art. 46 ust. 4 a Pzp określa przesłankę zatrzymania wadium w sytuacji nie złożenia przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3, chyba że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Przywołany przepis ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcję wobec wykonawcy nie składającego na wezwanie zamawiającego dokumentów lub oświadczeń w postaci zatrzymania wadium. Z uwagi na swój restrykcyjny charakter przepis ten nie powinien być interpretowany w sposób rozszerzający. Stosując zatem wykładnię językową, wskazać należy, że przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów lub oświadczeń rozumiane jako bezczynność wykonawcy na wezwanie zamawiającego. Przesłanki tej nie wyczerpuje zatem złożenie dokumentów, które jednak zdaniem zamawiającego, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy.

Celem wprowadzenia przepisu art. 46 ust. 4 a Pzp było zapobieżenie tzw. zmomom przetargowym w sytuacjach, w których wykonawca celowo na wezwanie zamawiającego nie składa dokumentów lub oświadczeń, aby doprowadzić do wyboru innej, najczęściej droższej oferty. Intencją ustawodawcy, nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca wywiązał się z wezwania i złożył dokumenty lub oświadczenia, które w ocenie zamawiającego nie spełniają wymagań. Zatrzymanie wadium ma być sankcją dla wykonawców, którzy nie wywiązali się w ogóle z wezwania do uzupełnienia i wykazali się bezczynnością. Instytucja zatrzymania wadium, z uwagi na swoje konsekwencje finansowe winna być stosowana przez zamawiających w sposób przemyślany, nie podlegający interpretacji rozszerzającej.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, odwołujący wykazał należyłą staranność i złożył na wezwanie zamawiającego, brakujące dokumenty, które jednak w ocenie zamawiającego nie mogą zostać uznane za prawidłowe i spełniające wymagania określone w przepisach ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Sytuacja ta, w ocenie Izby nie stanowi skutecznej podstawy uzasadniającej konieczność zatrzymania odwołującemu wadium w oparciu o przesłankę określoną w art. 46 ust. 4 a Pzp.

Ponadto wskazać należy, że niespełnienie wymogu w rozpatrywanym stanie faktycznym nie wynika z "przyczyn leżących po stronie wykonawcy". Odwołujący bowiem, dochowując należytej staranności, podjął działania mające na celu uzyskanie wymaganych dokumentów i stosownych wyjaśnień od swojego partnera biznesowego - holenderskiej spółki Telvent Netherlands BV i takie dokumenty przedstawił. Odwołujący nie ponosi przy tym odpowiedzialności za niemożliwość uzyskania dokumentów, z których wynikałoby potwierdzenie, że nie później niż na dzień składania ofert członkowie zarządu i podmiot nie byli karani.

Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp nie może być jednak przesłanką do uwzględnienia odwołania, z uwagi brak istotnego wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Decyzja o zatrzymaniu wadium pozostaje bowiem bez wpływu na wynik postępowania, a tylko w takiej sytuacji, zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 2 Pzp, Izba zobowiązana jest do uwzględnienia odwołania.

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), Izba wydała orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....