

Sygn. akt: KIO 999/19

Sygn. akt: KIO 1000/19

WYROK

z dnia 18 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Danuta Dziubińska
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 11 i 16 lipca 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2019 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, Rohill Engineering B.V., Edisonstraat 12, 7903 AN Hoogeveen, Holandia oraz Page Communication Sp. z o.o., ul. Okrężna 8, 44-100 Gliwice (KIO 999/19),
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz Hytera Mobilfunk GmbH, 31848 Bad Munder, Fritz-Hahne Str. 7 (KIO 1000/19),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków oraz Motorola Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 999/19 i KIO 1000/19 po stronie zamawiającego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz Hytera Mobilfunk GmbH, 31848 Bad Munder, Fritz-Hahne Str. 7 PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 999/19 po stronie zamawiającego,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, Rohill Engineering B.V., Edisonstraat 12, 7903 AN Hoogeveen, Holandia oraz Page Communication Sp. z o.o., ul. Okrężna 8, 44-100 Gliwice, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1000/19 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołania o sygn. akt: KIO 999/19 i KIO 1000/19 i nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty konsorcjum Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o. i Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak wskazania w formularzu ofertowym modelu / wersji radiotelefonu noszonego oraz powtórzenie czynności badania i oceny pozostałych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez odwołujących: konsorcjum Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, Rohill Engineering B.V., Edisonstraat 12, 7903 AN Hoogeveen, Holandia oraz Page Communication Sp. z o.o., ul. Okrężna 8, 44-100 Gliwice oraz konsorcjum Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz Hytera Mobilfunk GmbH, 31848 Bad Munder, Fritz-Hahne Str. 7, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, na rzecz odwołującego konsorcjum Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, Rohill Engineering B.V., Edisonstraat 12, 7903 AN Hoogeveen, Holandia oraz Page Communication Sp. z o.o., ul. Okrężna 8, 44-100 Gliwice, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od zamawiającego: Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, na rzecz odwołującego konsorcjum Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz Hytera Mobilfunk GmbH, 31848 Bad Munder, Fritz-Hahne Str. 7, kwotę 18 598 zł 98 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 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 999/19
Sygn. akt KIO 1000/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 września 2018 r., nr2018/S 168-382059. W postępowaniu złożono 3 oferty następujących wykonawców:

- 1) konsorcjum Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków oraz Motorola Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa (dalej: „Motorola”), którego oferta została uznana za najkorzystniejszą,
- 2) konsorcjum Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz Hytera Mobilfunk GmbH, 31848 Bad Munder, Fritz-Hahne Str. 7 (dalej: „Sprint”), którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert,
- 3) konsorcjum Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, Rohill Engineering B.V., Edisonstraat 12, 7903 AN Hoogeveen, Holandia

oraz Page Communication Sp. z o. o., ul. Okrężna 8, 44-100 Gliwice (dalej: „Indra”),
którego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert.

W dniu 31 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania
wniesione przez:

I. wykonawcę Indra - sygn. akt 999/19. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986
ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy
Motorola jako niezgodnej z treścią siwz,

b. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia
oferty wykonawcy Motorola jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do
przedmiotu zamówienia oraz błędną ocenę wyjaśnień wykonawcy Motorola, których
treść potwierdza, iż oferta wykonawcy Motorola zawiera rażąco niską cenę w stosunku
do przedmiotu zamówienia,

c. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy
Motorola jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

d. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia
oferty wykonawcy Sprint jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia oraz błędną ocenę wyjaśnień wykonawcy Sprint, których treść potwierdza,
iż oferta wykonawcy Sprint zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu
zamówienia,

e. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint
jako niezgodnej z treścią SIWZ,

f. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint
jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

g. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie
wykluczenia wykonawcy Motorola z postępowania z uwagi na niewykazanie przez tego
wykonawcę braku niniejszej podstawy do wykluczenia,

ewentualnie:

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Motorola do
przedłożenia informacji z odpowiedniego rejestru karnego kraju miejsca zamieszkania
Pana D.P., będącego członkiem zarządu zarówno spółki Motorola Solutions System
Polska Sp. z o.o., jak i spółki Motorola Solutions Polska Sp. z o.o.,

h. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu,

i. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu
następujących dokumentów wykonawcy Motorola:

- wykazu osób zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do siwz,
przekazanego zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego z dnia 24
kwietnia 2019 r.,
- certyfikatów dla specjalistów ds. wsparcia technicznego, przekazanych
zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego z dnia 24 kwietnia 2019 r.,
- informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych przez wykonawcę środków
finansowych, przekazanej zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego
z dnia 24 kwietnia 2019 r.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

1) Niezgodność oferty Motorola z siwz.

„Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji
Istotnych Warunków Zamówienia, wszyscy wykonawcy zobowiązani byli do podania
w treści oferty nazwy producenta oraz oznaczenia modelu / wersji oferowanych
radiotelefonów noszonych [pkt. 14 ppkt. 4 wzoru formularza ofertowego],

W treści formularza ofertowego wykonawca Motorola oznaczył oferowany radiotelefon noszony jako „Motorola Solutions Model MTP seria 3000 wersja oprogramowania MR 17.3”. Zastosowane przez wykonawcę oznaczenie nie identyfikuje zatem konkretnego modelu / wersji radiotelefonu, stosownie do wyrażonego wprost wymogu zamawiającego, lecz jedynie serię modeli.

W świetle informacji publicznie dostępnych na stronie internetowej Motorola Solutions, wskazanego w ofercie jako producent oferowanej serii radiotelefonów, seria radiotelefonów noszonych oznaczona jako MTP składa się co najmniej z sześciu modeli:

- MPT 3100
- MPT3150
- MPT 3200
- MTP 3250
- MTP 3500
- MTP 3550

Wśród modeli wchodzących w skład tejże serii nie ma natomiast modelu oznaczonego jako „MTP 3000”, ani też modelu oznaczonego jako „MTP”.

Ponadto w zakresie wymaganych terminali biurkowych Wykonawca Motorola wskazał dwa rodzaje terminali Model MTM seria 5400 i MTM seria 5500.

Na podstawie tak sformułowanego zobowiązania wykonawcy, stanowiącego merytoryczną treść oferty, zamawiający nie jest w stanie ustalić, który z radiotelefonów wchodzących w skład serii MTP 3000 jest oferowany w przedmiotowym postępowaniu, czy oferowany radiotelefon spełnia wymogi SIWZ, oraz który z nich powinien być zostać poddany przewidzianej w SIWZ procedurze testowej.

W realiach przedmiotowego stanu faktycznego oznaczenie konkretnego modelu z podanej serii ma absolutnie kluczowe znaczenie dla oceny, czy złożona oferta odpowiada treści SIWZ. Nie wszystkie bowiem modele z podanej serii spełniają wymogi określone przez zamawiającego w stosunku do oferowanego radiotelefonu: (...)

Z uwagi na powyższe, oferta wykonawcy Motorola powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Oferta ta nie precyzuje bowiem przedmiotu świadczenia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. W konsekwencji, wykonawca Motorola uniemożliwił Zamawiającemu i konkurencyjnym wykonawcom jednoznaczną identyfikację przedmiotu świadczenia mającego swoje źródło w ofercie. Niezgodność z SIWZ dotyczy przy tym zasadniczej, merytorycznej treści oferty. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, niezgodność oferty z treścią SIWZ może polegać nie tylko na merytorycznej niezgodności treści oferty z wymogami określonymi w SIWZ, lecz również na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego (tak m.in. wyrok KIO sygn. 2642/18). (...)

2) Rażąco niska cena w ofercie Motorola.

„W ramach fakultatywnego zakresu zamówienia, którego koszt wykonawcy mieli obowiązek uwzględnić w cenie oferty, Zamawiający wymaga, aby w ramach budowy i wdrożenia Systemu wykonawcy zapewnili i udostępnił Zamawiającemu interfejs API

umożliwiający dostęp do wymienionych funkcjonalności. Wykonawca w ramach budowy interfejsu zobowiązany jest przygotować szczegółowy opis jego funkcjonalności, parametrów, schematu zasilania, pól informacyjnych, protokołów, ramek, synchronizacji. Wszelkie koszty dotyczące udostępnienia interfejsu API i jego szczegółowego opisu leżą po stronie Wykonawcy (pkt. 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ). Szczegółowe warunki integracji oferowanego systemu z systemami istniejącymi, w tym w szczególności wymogi odnośnie funkcjonalności interfejsu, zostały określone w pkt 26-28 Załącznika nr 2 do SIWZ.

Zgodnie z powyższymi wymogami SIWZ, każdy z wykonawców zobowiązany był zaofertować i wycenić wykonanie interfejsu integrującego dostarczony przez siebie system m.in. z infrastrukturą i systemem firmy Rohill, działającym w Warszawie, Krakowie i Szczecinie, oraz - w ramach zakresu fakultatywnego - wykonać, wdrożyć, i udzielić Zamawiającemu licencji na korzystanie z dedykowanego interfejsu API. (...)

Rozwiązanie oferowane przez wykonawcę Motorola nie jest kompatybilne z infrastrukturą i systemem firmy Rohill, funkcjonującym w Warszawie, Krakowie i Szczecinie. Wykonawca ten może zapewnić integrację oferowanego rozwiązania z rozwiązaniem istniejącym, również stosownie do wymogów pkt. 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ, wyłącznie poprzez:

1) Pozyskanie informacji w zakresie niezbędnym do wytworzenia interfejsu integrującego system firmy Rohill z systemem oferowanym przez Motorola, od wytwórcy rozwiązania istniejącego tj. firmy Rohill. Wytworzenie interfejsu wymaga bowiem szczegółowej znajomości specyfikacji i oprogramowania rozwiązania istniejącego. Dane te są danymi wrażliwymi, a zatem nie były i nie są udostępniane przez firmę Rohill jakimkolwiek podmiotom trzecim. Zamawiający nie dysponuje tymi danymi w sposób pozwalający na ich przekazanie podmiotom trzecim. Zamawiający nie zobowiązał się zresztą do ich przekazania w jakimkolwiek postanowieniu SIWZ bądź wzoru umowy. Wykonawca Motorola musiałby zatem pozyskać dane niezbędne do wytworzenia wymaganego interfejsu od firmy Rohill, bądź opracować ten interfejs we współpracy z tą firmą.

2) Opracowanie interfejsu ISI (Inter System Interface) tj. interfejsu międzysystemowego, pozwalającego na połączenie dwóch niezależnych (rozdzielnych, autonomicznych) sieci TETRA w jedną spójną sieć, zgodnie z wymaganiami standardu ETSI TETRA.

Wykonawca Motorola do chwili obecnej nie kontaktował się z firmą Rohill w sprawie opracowania interfejsu integrującego obie sieci, ani też zakupu gotowego rozwiązania. Przed ustaleniem ceny oferty wykonawca ten nie mógł zatem mieć wiedzy, z jakimi kosztami będzie wiązała się współpraca z firmą Rohill, a w konsekwencji nie mógł prawidłowo uwzględnić tych kosztów w cenie złożonej oferty.

Przyjęcie hipotetycznych założeń świadczyłoby o nierzetelności dokonanej wyceny i potwierdzało zarzut Odwołującego o rażąco niskiej cenie oraz o braku dowodów na prawidłowe ustalenie ceny w wyjaśnieniach złożonych przez Motorolę.

W pełni zasadne jest więc na obecnym etapie założenie, iż wykonawca ten wykluczył pierwsze z wyżej wymienionych rozwiązań i nie zamierza w ogóle podjąć współpracy w firmą Rohill przy opracowaniu interfejsu integrującego rozwiązanie tej firmy z rozwiązaniem oferowanym przez siebie, stosownie do wymogów pkt. 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ

Z uwagi na powyższe przyjąć należy, iż w celu dostosowania się do wymogów pkt

27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ, oraz dokonania wyceny opcjonalnego zakresu zamówienia, wykonawca Motorola zaoferował Zamawiającemu drugie z powyższych rozwiązań, tj. opracowanie interfejsu ISI, zgodnego z wymaganiami standardu ETSI TETRA. Zastosowanie tego rozwiązania wiąże się jednak ze znacznymi kosztami. Mając na uwadze przedmiot niniejszego Postępowania, jak i również znane Odwołującemu właściwości systemów istniejących w Warszawie, Krakowie i Szczecinie, w ocenie Odwołującego koszty integracji zgodnie z wymogami SIWZ i stworzenia dedykowanego interfejsu ISI należy oszacować na kwotę rzędu co najmniej kilku milionów euro. (...)

W konsekwencji, cena oferty [suma zakresu podstawowego i opcjonalnego] rażąco odbiega od ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia oraz cen zaoferowanych przez dwóch pozostałych wykonawców, będąc niższą od cen zaoferowanych w obu pozostałych ofertach o ok. 40 milionów złotych brutto. Cena za realizację zakresu opcjonalnego, która orientacyjnie odpowiada wartości ok. 7,5 miliona euro, sama w sobie nie jest wystarczająca do sfinansowania wykonania i wdrożenia interfejsu ISI, stosownie do wymogu pkt 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ. Należy zważyć, iż opcjonalny zakres zamówienia nie obejmuje nie tylko wykonanie wzmiankowanego interfejsu, lecz również szereg innych, kosztownych świadczeń. Obiektywnie nie było więc możliwe dokonanie wyceny zakresu opcjonalnego na tak niskim poziomie.

W ślad za powyższym, w pełni zasadne jest więc przyjęcie, iż kwota 33.790.462,83 zł brutto, zaoferowana za wykonanie zakresu opcjonalnego, nie uwzględnia wykonania obligatoryjnego interfejsu, integrującego system firmy Rohill z systemem oferowanym przez Motorola, stosownie do wymogów pkt 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ. (...)

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, iż zidentyfikowanie powyższej okoliczności w złożonych przez wykonawcę Motorola wyjaśnieniach co do sposobu kalkulacji ceny powinno stać się podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji implikować jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Brak uwzględnienia w cenie oferty obligatoryjnego elementu cenotwórczego, jakim jest wykonanie i wdrożenie interfejsu ISI, przesądza bowiem wprost

o niezaoferowaniu tego elementu, a w konsekwencji o niezgodności oferty z treścią SIWZ.”

3) Czyn nieuczciwej konkurencji w przypadku Motorola.

„W niniejszym postępowaniu cenę oferty stanowiła suma cen za zrealizowanie zakresu podstawowego i opcjonalnego [rozd. XIV pkt. 1 kryterium K1], Zgodnie z pkt 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ, każdy z wykonawców zobowiązany był wycenić w ramach zakresu opcjonalnego wykonanie interfejsu API umożliwiającego dostęp do wymienionych funkcjonalności. Wykonawca w ramach budowy interfejsu zobowiązany jest przygotować szczegółowy opis jego funkcjonalności, parametrów, schematu zasilania, pól informacyjnych, protokołów, ramek, synchronizacji. Wszelkie koszty dotyczące udostępnienia interfejsu API i jego szczegółowego opisu leżą po stronie Wykonawcy. (...)

W realiach niniejszego postępowania należy zważyć, iż zakres opisany w pkt 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ został określony jako opcjonalny. Zlecenie tego zakresu wykonawcy stanowi więc zdarzenie przyszłe i niepewne. W ocenie Odwołującego, okoliczność ta posłużyła wykonawcy Motorola jako pretekst do ukształtowania ceny za zakres opcjonalny z pominięciem kosztu za wykonanie interfejsu, o którym mowa w pkt

27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ. Pozwoliło to temu wykonawcy na ukształtowanie ceny oferty na poziomie znacznie niższym, niż mogliby to uczynić wykonawcy, którzy wyceniliby koszt zakresu opcjonalnego zgodnie z wymogami SIWZ. Wykonawca ten liczy przy tym, iż nie będzie w ogóle zobowiązany do wykonania zakresu opcjonalnego, albowiem taka potrzeba po stronie Zamawiającego w ogóle nie zaistnieje.

Istotne w niniejszej sprawie również, że wymóg zaoferowania interfejsu opisany w pkt 27.2 SIWZ nie tylko wpływał na cenę, ale był również dodatkowo punktowany w jednym z kryteriów oceny ofert K3 - Interfejs API TETRA (zgodnie z wymaganiem 27.2 OPZ) - a zatem formalne zaoferowanie tej opcji miało wprost wpływ na ocenę oferty.

Wyżej opisana manipulacja wykonawcy Motorola pozwoliła na złożenie oferty z najniższą ceną w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, taki sposób sporządzenia oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji aktualizuje natomiast po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy Motorola, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP.”

4) Rażąco niska cena w ofercie Sprint.

„Wymóg zintegrowania oferowanego rozwiązania poprzez odpowiedni interfejs z rozwiązaniem firmy Rohill istniejącym obecnie w Warszawie, Krakowie i Szczecinie dotyczy również wykonawcy Sprint. Szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie zawiera pkt 2 uzasadnienia niniejszego odwołania.

Rozwiązanie oferowane przez wykonawcę Sprint nie jest kompatybilne z infrastrukturą i systemem firmy Rohill, funkcjonującym w Warszawie, Krakowie i Szczecinie. Wykonawca ten może zapewnić integrację oferowanego rozwiązania z rozwiązaniem istniejącym wyłącznie poprzez jedno z dwóch rozwiązań opisanych w pkt 2 uzasadnienia niniejszego odwołania.

Wykonawca Sprint do chwili obecnej nie kontaktował się z firmą Rohill w sprawie opracowania interfejsu integrującego sieć oferowaną z sieciami istniejącymi, ani też zakupu gotowego rozwiązania. Przed ustaleniem ceny oferty wykonawca ten nie mógł zatem mieć wiedzy, z jakimi kosztami będzie wiązała się współpraca z firmą Rohill, a w konsekwencji nie mógł prawidłowo uwzględnić tych kosztów w cenie złożonej oferty. W pełni zasadne jest więc na obecnym etapie założenie, iż wykonawca ten nie zamierza w ogóle podjąć współpracy w firmą Rohill przy opracowaniu interfejsu integrującego rozwiązanie tej firmy z rozwiązaniem oferowanym przez siebie.

Przyjęcie hipotetycznych założeń świadczyłoby o nierzetelności dokonanej wyceny i potwierdzało zarzut Odwołującego o rażąco niskiej cenie oraz o braku dowodów na prawidłowe ustalenie ceny w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum Sprint

Z uwagi na powyższe przyjąć należy, iż wykonawca Sprint zaoferował Zamawiającemu opracowanie dedykowanego interfejsu ISI, zgodnego z wymogami standardu ETSI TETRA. Zastosowanie tego rozwiązania wiąże się jednak ze znacznymi kosztami. Mając na uwadze przedmiot niniejszego Postępowania, jak i również znane Odwołującemu właściwości systemów istniejących w Warszawie, Krakowie i Szczecinie, w ocenie Odwołującego koszty integracji zgodnie z wymogami SIWZ i stworzenia

dedykowanego interfejsu ISL należy oszacować na kwotę rzędu co najmniej kilku milionów euro.

Wykonawca Sprint zaoferował realizację opcjonalnego zakresu zamówienia, w tym wykonanie ww. interfejsu, za kwotę 34.272.445,71 zł brutto. Kwota ta jest zbliżona do tej, którą za wykonanie opcjonalnego zakresu zamówienia oferuje Odwołujący. Należy jednak zauważyć, iż Odwołujący - jako dostawca rozwiązania obecnie funkcjonującego w Warszawie, Krakowie i Szczecinie, a tym samym jako podmiot dostarczający rozwiązanie niewymagające integracji poprzez dedykowany interfejs, nie musiał uwzględniać kosztu tego interfejsu w cenie zakresu opcjonalnego. Wykonawca Sprint nie miał zatem obiektywnej możliwości ustalenia ceny zarówno za zakres opcjonalny na poziomie tak korzystnym, jak uczynił to Odwołujący.

W ślad za powyższym, w pełni zasadne jest więc przyjęcie, iż ani kwota 34.272.445,71 zł brutto zaoferowana przez wykonawcę Sprint za wykonanie zakresu opcjonalnego, nie uwzględnia wykonania interfejsu integrującego system firmy Rohill z systemem ofertowanym przez Sprint.

Żadna z zaoferowanych cen (zarówno cena oferty jak i cena zaoferowana za zakres opcjonalny) nie obejmuje zatem wszystkich obligatoryjnych elementów zamówienia, co musi implikować ich uznanie za rażąco niskie, a w konsekwencji również odrzucenie złożonej oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy PZP. (...)

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, iż zidentyfikowanie powyższej okoliczności w złożonych przez wykonawcę Sprint wyjaśnieniach co do sposobu kalkulacji ceny powinno stać się podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji implikować jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Brak uwzględnienia w cenie oferty obligatoryjnego elementu cenotwórczego, jakim jest wykonanie i wdrożenie dedykowanego interfejsu ISL, przesądza bowiem wprost o niezaoferowaniu tego elementu, a w konsekwencji o niezgodności oferty z treścią SIWZ."

5) Czyn nieuczciwej konkurencji w przypadku Sprint.

„W niniejszym postępowaniu cenę oferty stanowiła suma cen za zrealizowanie zakresu podstawowego i opcjonalnego (rozd. XIV pkt. 1 kryterium K1). Zgodnie z pkt. 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ, każdy z wykonawców zobowiązany był wycenić w ramach zakresu opcjonalnego wykonanie interfejsu API umożliwiającego dostęp do wymienionych funkcjonalności. Wykonawca w ramach budowy interfejsu zobowiązany jest przygotować szczegółowy opis jego funkcjonalności, parametrów, schematu zasilania, pól informacyjnych, protokołów, ramek, synchronizacji. Wszelkie koszty dotyczące udostępnienia interfejsu API i jego szczegółowego opisu leżą po stronie Wykonawcy. (...)

W realiach niniejszego postępowania należy zważyć, iż zakres opisany w pkt 27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ został określony jako opcjonalny. Zlecenie tego zakresu wykonawcy stanowi więc zdarzenie przyszłe i niepewne. W ocenie Odwołującego, okoliczność ta posłużyła wykonawcy Sprint jako pretekst do ukształtowania ceny za zakres opcjonalny z pominięciem kosztu za wykonanie interfejsu, o którym mowa w pkt

27.2 Załącznika nr 2 do SIWZ. Pozwoliło to temu wykonawcy na ukształtowanie ceny oferty na poziomie znacznie niższym, niż mogliby to uczynić wykonawcy, którzy wyceniliby koszt zakresu opcjonalnego zgodnie z wymogami SIWZ. Wykonawca ten liczy przy tym, iż nie będzie w ogóle zobowiązany do wykonania zakresu opcjonalnego, albowiem taka potrzeba po stronie Zamawiającego w ogóle nie zaistnieje.

Istotne w niniejszej sprawie jest również, że wymóg zaoferowania interfejsu opisany w pkt 27.2 SIWZ nie tylko wpływał na cenę, ale był również dodatkowo punktowany w jednym z kryteriów oceny ofert K3 - Interfejs API TETRA (zgodnie z wymaganiem 27.2 OPZ) - a zatem formalne zaoferowanie tej opcji miało wprost wpływ na ocenę oferty.

Wyżej opisana manipulacja wykonawcy Sprint pozwoliła na złożenie oferty z drugą najniższą ceną w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, taki sposób sporządzenia oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji aktualizuje natomiast po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy Sprint, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP."

6) KRK p. D.P. złożone przez Motorola.

„Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 14 ustawy PZP, wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli

urzędującego członka zarządu prawomocnie skazano za jedno z przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP. (...)

W celu wykazania braku ww. podstawy do wykluczenia, wykonawca Motorola przedłożył informację w sprawie niekaralności Pana D.P., urzędującego członka zarządu obu spółek wchodzących w skład konsorcjum, wystawioną przez Policję Stanową Stanu Illinois, oraz złożone przed notariuszem oświadczenie własne ww. osoby.

Odwolujący stoi na stanowisku, iż ww. informacja o niekaralności wystawiona przez policję stanową nie stanowi dokumentu, którym wykonawca może posługiwać się w celu wykazania braku ww. podstawy do wykluczenia. Dokument ten nie potwierdza bowiem niekaralności na obszarze całego państwa federacyjnego, jakim są Stany Zjednoczone, a dodatkowo nie obejmuje swoim zakresem pełnego katalogu przestępstw wymienionego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 ustawy PZP.

Odwolujący wskazuje, iż w Stanach Zjednoczonych wydawany jest dokument potwierdzający niekaralność na poziomie krajowym (federalnym), który to dokument poświadcza jednocześnie brak karalności za przestępstwa federalne, z których część objęta jest dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt. 13 ustawy PZP (np. finansowanie terroryzmu [art. 165a kk], handel ludźmi [art. 189a kk], korupcja [art. 228 kk]). Dokumentem tym jest zaświadczenie o niekaralności wydawane przez Federalne Biuro Śledcze (FBI).

W ocenie Odwołującego, sam fakt wydawania takiego dokumentu, oraz jego szerszy zakres przedmiotowy, przesądza o tym, iż nie może być ona dowolnie zastępowany dokumentami o węższym zakresie przedmiotowym, nieuwzględniającym przestępstw federalnych, które ograniczają się do potwierdzenia niekaralności wyłącznie w jurysdykcji lokalnej policji stanowej, ani też zastępowany oświadczeniem złożonym przed notariuszem. (...)

Odwolujący nie ma wiedzy, czy wykonawca Motorola został zobowiązany do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Z ostrożności procesowej sformułował zatem zarzut alternatywny."

7) Zastrzeżenia przez Motorola jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentów. „Zamawiający odmówił udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów wykonawcy Motorola:

1) Wykazu osób zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, przekazanego Zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego z dnia 24 kwietnia 2019 r.;

2) Certyfikatów dla specjalistów ds. wsparcia technicznego, przekazanych Zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego z dnia 24 kwietnia 2019 r.;

3) Informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych przez wykonawcę środków finansowych, przekazanej Zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego z dnia 24 kwietnia 2019 r.

- z uwagi na dokonanie zastrzeżenia ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Motorola. Zamawiający odmówił udostępnienia każdego z ww. dokumentów w całości. (...)

Odwolujący nie zna treści tych dokumentów, albowiem nie zostały mu one udostępnione. Z uzasadnienia zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa wynika jednak, iż to konkretne informacje, a nie w całości dokumenty będące ich nośnikami, spełniają przesłanki ich uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ze sporządzonego przez wykonawcę Motorola uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika bowiem wprost, iż wykonawca miał na celu zastrzeżenie wyłącznie imion i nazwisk osób z nim współpracujących, oraz zastrzeżenie wysokości kwoty posiadanych środków finansowych. (...)

Odnosząc się szczegółowo do ww. dokumentów:

1] Wykaz osób zgodny ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ - zgodnie ze sporządzonym przez wykonawcę uzasadnieniem, zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie w zakresie, w jakim wykonawca ujawnia nazwiska osób z nim współpracujących. Sam opis doświadczenia i kwalifikacji tych osób nie został zastrzeżony jako chroniona tajemnica przedsiębiorstwa. Na podstawie samych informacji o doświadczeniu nie będzie można ustalić nazwisk konkretnych osób współpracujących z wykonawcą. Pełna treść dokumentu winna zatem zostać ujawniona Odwołującemu, po zanonimizowaniu imion i nazwisk osób wskazanych w wykazie.

2] Certyfikaty dla specjalistów ds. wsparcia technicznego - zgodnie ze sporządzonym przez wykonawcę uzasadnieniem, zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie w zakresie, w jakim wykonawca ujawnia nazwiska osób z nim współpracujących. Sam opis typu certyfikatu, jego wystawcy, oraz potwierdzanych kwalifikacji tych osób nie może być zastrzeżony jako chroniona tajemnica przedsiębiorstwa, o ile nie można elementów tych przypisać do konkretnej osoby. Pełna treść tych dokumentów winna zatem zostać ujawniona Odwołującemu, po zanonimizowaniu imion i nazwisk osób wskazanych w tych certyfikatach.

3] Informacja z banku potwierdzająca wysokość posiadanych przez wykonawcę środków finansowych - zgodnie ze sporządzonym przez wykonawcę uzasadnieniem, zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie w zakresie, w jakim zawiera oznaczenie wysokości posiadanych środków finansowych. Oznaczenie podmiotu dysponującego środkami finansowymi, data wystawienia informacji, oraz nazwa banku nie mogą być zastrzeżone jako chroniona tajemnica przedsiębiorstwa. Pełna treść tych dokumentów winna zatem zostać ujawniona Odwołującemu, po zanonimizowaniu informacji o konkretnej wysokości środków finansowych.

Z uwagi na powyższe uznać należy, iż Zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały jako takie zastrzeżone, niemniej jednak pozostają dla konkurentów [w tym Odwołującego] kluczowe z punktu widzenia możliwości efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający winien zatem udostępnić Odwołującemu wszystkie ww. dokumenty, po uprzednim zanonimizowaniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, albowiem to właśnie informacja, a nie dokument stanowiący jej nośnik, stanowi przedmiot ochrony. Sam fakt wystąpienia informacji chronionej w treści jakiegoś dokumentu nie może stanowić uzasadnienia do objęcia ochroną pełnej treści tego dokumentu."

W związku z powyższym odwołujący Indra wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Motorola jako najkorzystniejszej,
- b. odrzucenia oferty wykonawcy Motorola, jako niezgodnej z treścią siwz, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- c. odrzucenia oferty wykonawcy Sprint, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz jako niezgodnej z treścią siwz,
- d. wykluczenia wykonawcy Motorola lub, ewentualnie nakazanie zamawiającemu dokonania wezwania wykonawcy Motorola do przedłożenia informacji z rejestru karnego Federalnego Biura Śledczego (FBI) potwierdzającej niekaralność Pana D.P., będącego członkiem zarządu zarówno spółki Motorola Solutions System Polska Sp. z o.o., jak i spółki Motorola Solutions Polska Sp. z o.o.,
- e. dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- f. odtajnienia i udostępnienia odwołującemu następujących dokumentów wykonawcy Motorola:
 - wykazu osób zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, przekazanego zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego z dnia 24 kwietnia 2019 r.,
 - certyfikatów dla specjalistów ds. wsparcia technicznego, przekazanych zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego z dnia 24 kwietnia 2019 r.,
 - informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych przez wykonawcę środków finansowych, przekazanej zamawiającemu jako załącznik do pisma przewodniego z dnia 24 kwietnia 2019 r.

II. wykonawcę Sprint - sygn. akt 1000/19. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Motorola pomimo, iż:
 - treść tej oferty nie odpowiada treści siwz w zakresie wymagania dotyczącego

jednoznacznego wskazania w ofercie konkretnego modelu oferowanego urządzenia,

- wykonawca ten zaoferował urządzenia niespełniające wymagań siwz,
- b) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości wskutek przyjęcia oferty Konsorcjum Motorola nieodpowiadającej warunkom przetargowym określonym w siwz,
- c) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zmianę siwz po upływie terminu składania ofert w części dotyczącej: wymogu wskazania w ofercie konkretnego modelu oferowanego urządzenia oraz wymagań dotyczących parametrów / cech technicznych terminali przenośnych,
- d) zarzut ewentualny - art. 84 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niedopuszczalnej zmiany treści oferty konsorcjum Motorola (w zakresie oferowanego modelu urządzenia) po upływie terminu składania ofert,
- e) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Motorola pomimo, iż złożone wyjaśnienia potwierdziły zaoferowanie rażąco niskiej ceny,
- f) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Motorola pomimo braku zabezpieczenia oferty wadium lub też pomimo nieprawidłowego wniesienia wadium,
- g) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Motorola pomimo niezłożenia dokumentu określonego w pkt VII 5.2.7 SIWZ, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu,
- h) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z pkt 13 oraz ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Motorola pomimo niewykazania braku wskazanej w tym przepisie podstawy wykluczenia, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczenia pana D. G. P.;
- i) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Motorola pomimo niewykazania braku wskazanej w tym przepisie podstawy wykluczenia, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia informacji z KRK dotyczących J.R. i J.D.,
- j) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Motorola w trybie art. 26 ustawy Pzp.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

1) Niezgodność oferty Motorola z siwz.

„Stosownie do treści SIWZ wykonawcy mieli wskazać w ofercie producenta, model i wersję oferowanego sprzętu, w tym radiotelefonów noszonych. Jak wynika z treści oferty Konsorcjum Motorola (pkt 14 pkt 4 formularza ofertowego) wykonawca ten wskazał, że oferuje radiotelefon noszony: „Motorola Solutions; Model MTP seria 3000 wersja oprogramowania MR17.3”.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdza, że zawarte w ofercie Konsorcjum Motorola oznaczenie oferowanego radiotelefonu przenośnego tj. „model MTP seria 3000” nie stanowi wypełnienia wymogu SIWZ dotyczącego wskazania modelu i wersji oferowanego sprzętu. Odwołujący uznaje, że wymóg SIWZ (wpisać producenta model/wersję) należało rozumieć jako konieczność wskazania w ofercie konkretnego modelu oferowanego urządzenia w taki sposób, aby możliwe było jego jednoznaczne zidentyfikowanie.

Wskazać należy, że zawarte w ofercie Konsorcjum Motorola oznaczenie oferowanego urządzenia jako „Model MTP seria 3000” nie identyfikuje konkretnego modelu urządzenia, ale stanowi jedynie oznaczenie serii radiotelefonów, na którą składa się sześć różnych modeli terminali tj. MTP3100; MTP3150; MTP3200; MTP3250; MTP3500; MTP3550. Wskazanie przez Konsorcjum Motorola w treści oferty, że oferuje radiotelefony „Model MTP seria 3000” oznacza w praktyce zaoferowanie sześciu różnych modeli składających się na serię MTP3000, a zatem nie stanowi sprecyzowania treści oferty w zakresie wymaganym, co rodzi konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie sposób przyjąć, że wskazanie w ofercie, iż oferowany jest Model MTP seria 3000 oznaczało zaoferowanie konkretnego modelu. (...)

Niezależnie od sprzeczności oferty Konsorcjum Motorola z treścią SIWZ polegającej

na braku jednoznacznego wskazania w ofercie modelu oferowanego terminala noszonego należy zauważyć, że zaakceptowanie oferty tego wykonawcy oznacza, że Zamawiający godzi się na dostarczenie mu modeli z serii MPT 3000 tj. m.in. MTP3100; MTP 3200 oraz MTP3500, które nie spełniają wymagań SIWZ. Modele te nie posiadają bowiem wymaganej klawiatury numerycznej, co jest sprzeczne z pkt 50.1.8 OPZ (...)

Przyjęcie oferty Konsorcjum Motorola oznacza, że jeden z wykonawców znajduje się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych wykonawców. Zamawiający akceptuje bowiem sytuację, w której wbrew treści SIWZ wykonawca ten, w odniesieniu do

jednej z pozycji asortymentowych (radiotelefony noszone), oferuje nie konkretny model terminala, ale serię terminali, a decyzja, który z sześciu modeli z serii MTP3000 zostanie dostarczony pozostawiona jest jego swobodzie i może ją podjąć nawet w trakcie realizacji zamówienia. Akceptacja takiej sytuacji stanowi rażące uprzywilejowanie Konsorcjum Motorola. Akceptacja takiej sytuacji mogła mieć też wpływ na znaczące obniżenie ceny oferty, gdyż wykonawca będzie mógł dostarczyć te radiotelefony, które w danym momencie 72-miesięcznego okresu realizacji umowy będą generować po jego stronie najniższe koszty.

(...) Dodać należy, że przy uwzględnieniu braku sprecyzowania treści oferty Konsorcjum Motorola w zakresie modelu terminala noszonego, zaistniała sytuacja oznacza, że ww. wykonawca ma możliwość dostarczenia również starszych modeli z serii MTP3000 np. MTP 3250, zalegających w magazynach, których sprzedaż jest utrudniona. Nawet modele wycofane z produkcji, mogą być nadal dostępne dla Konsorcjum Motorola. Możliwość dostarczenia tych modeli, które są znacząco tańsze np. od modelu MTP3550, byłaby bardzo korzystna dla tego wykonawcy, szczególnie w okolicznościach zaoferowania przez niego ceny, która jest o około 50% niższa od budżetu Zamawiającego oraz o 21% tańsza od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert. Wskazane powyżej okoliczności potwierdzają naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uprzywilejowanie jednego z wykonawców, w stosunku do którego nie są egzekwowane wymagania SIWZ."

2) Zmiana siwz po upływie terminu składania ofert.

„Odwołujący z ostrożności podnosi, iż zaakceptowanie oferty Konsorcjum Motorola oznacza, że Zamawiający godzi się m.in. na dostarczenie mu modeli MTP3100; MTP3200 lub MTP3500, które jak wskazano powyżej nie spełniają wymagań SIWZ. Okoliczność ta świadczy o zmianie treści SIWZ w zakresie wymaganych parametrów (posiadanie klawiatury numerycznej) po upływie terminu składania ofert, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i skutkuje przyjęciem oferty Konsorcjum Motorola."

3) Zmiana treści oferty Motorola.

„Należy jednak zauważyć, że w trakcie prezentacji/testów dokonanej przez Konsorcjum Motorola w dniu 29.03.2019 r. wykonawca ten wykorzystał model radiotelefonu przenośnego MTP 3550, będący jednym z 6 modeli zaoferowanej serii radiotelefonów serii MTP 3000. Z uwagi na tę okoliczność, w razie ewentualnych wyjaśnień Zamawiającego, iż okoliczność użycia przez Konsorcjum Motorola w trakcie testów urządzenia MTP 3550, stanowiła potwierdzenie/doprecyzowanie, iż oferowany jest model MTP 3550, Odwołujący formułuje przedmiotowy zarzut. W tym zakresie Odwołujący podnosi, iż zmiana treści oferty, po upływie terminu ich składania, może odbyć się wyłącznie w sposób formalny, przewidziany w trybie w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, co w niniejszej sytuacji nie miało miejsca.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że użycie w trakcie testów modelu MTP3550 stanowiło potwierdzenie, że oznaczenie użyte w formularzu ofertowym nie identyfikowało oferowanego modelu, nie spełniało wymagań SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy wskazać, że w sytuacji, w której w treści oferty wskazano na zaoferowanie sześciu modeli należących do jednej serii radiotelefonów, z których wymagań SIWZ nie spełniają trzy, nie sposób uznać, że nie jest zmianą istotną wybranie przez Zamawiającego jednego z tych urządzeń. Ponadto, w okolicznościach opisanych w pkt 4 uzasadnienia niniejszego odwołania nie sposób twierdzić, że zaistniała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ miała charakter omyłki."

4) Rażąco niska cena oferty Motorola.

„Odwołujący podnosi, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Motorola nie pozwala na należyłą realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca ten zaoferował cenę, która jest o około 50% niższa od budżetu Zamawiającego oraz o 21 % tańsza od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert. Porównanie zatem oferowanej ceny do przywołanych wartości wskazuje, że jest to cena rażąco zaniżona. Konsorcjum Motorola zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Wyjaśnienia te nie zostały udostępnione Odwołującemu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że Konsorcjum

Motorola nie wyróżnia się na tle pozostałych wykonawców jakimiś szczególnymi właściwościami, które mogłyby uzasadniać taką różnicę cenową. Zaniżenie ceny wynika najprawdopodobniej z zamiaru wykonania przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z treścią SIWZ. Z tego też względu uzasadniony jest wniosek, że złożone wyjaśnienia potwierdziły zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W tym kontekście warto wskazać na średnie ceny rynkowe. Badania IHS Markit zawierają analizę najważniejszych statystyk i trendów w branży LMR / PMR (Land Mobile Radio/Private Mobile Radio), ze szczegółowym podziałem na regiony, technologie i obszary biznesowe. (...)

Globalna cena oferty powinna być zbliżona do średniej wyceny zawartej w raporcie IHS Markit wynoszącej 147 000 EUR (netto) za budowę pojedynczej Stacji Bazowej dla systemów TETRA. (...)

Przeprowadzona przez Wykonawców wycena opcji zamówienia, która została opublikowana przez Zamawiającego w „Informacji z przeprowadzonego otwarcia ofert” kształtowała się na poziomie:

- oferta nr 1 - 36 786 917,49 zł
- oferta nr 2 - 34 272 445,71 zł
- oferta nr 3 - 33 790 462,83 zł

Różnica pomiędzy najtańszą, a najdroższą ofertą w części dotyczącej opcji kształtuje się na poziomie 8%. Przy tym samym asortymencie wymaganym do dostawy, braku wyceny

instalacji (robocizny), należy zauważyć, że oferty Wykonawców w zakresie sprzętowym zostały złożone w oparciu o podobny poziom wyceny, uwzględniający maksymalne upusty.

Porównywalność cen sprzętu, co wynika ze zbliżonych cen zamówienia opcjonalnego, prowadzi do wniosku, że różnice między ofertami wykonawców na zamówienie podstawowe powinny wynikać z założonych ilości lokalizacji stacji bazowych.

Powyższe wskazuje, że oferta konsorcjum Motorola została zaniżona w części zamówienia podstawowego poprzez:

przyjęcie w szacowaniu oferty niewystarczającej liczby lokalizacji Stacji Bazowych, co prowadzi do braku zapewnienia Obszarom pokrycia (OPZ pkt. 42.1) zasięgów radiowych zgodnie z wymaganiami Kategorii Pokrycia Obszarów (OPZ pkt. 41) oraz Pojemnością Systemu (OPZ pkt.43);

oparcie planowania radiowego o założenia niezgodne z OPZ: Zamawiający zawarł następujące wymaganie w pkt 46.1 OPZ „W uzasadnionych przypadkach Zamawiający dopuszcza instalację BS w lokalizacji zapewnionej przez Wykonawcę, pod warunkiem wykazania w projekcie technicznym braku możliwości zapewnienia na określonym obszarze wymaganych zasięgów radiowych z lokalizacji udostępnionych przez Zamawiającego (Załącznik nr 11).” Tymczasem konsorcjum Motorola bez należytego wykazania braku technicznych możliwości posłużyła się lokalizacjami innymi niż należące do Zamawiającego. Doprowadziło to do zaniżenia wymaganej ilości Stacji Bazowych oraz przeniesienia na Zamawiającego niezasadnie wysokich kosztów utrzymania systemu po okresie trwania umowy, związanych z dzierżawą infrastruktury od podmiotów trzecich;

niezdefiniowanie w formularzu oferty, konkretnej wersji modelu terminala, a wskazanie tylko serii terminali, co umożliwia podjęcie decyzji o tym, jakie będą dostarczane terminale dopiero w chwili dostawy, a także dostawę terminali niezgodnych z treścią SIWZ i wycofanych ze sprzedaży;

zastosowanie nierynkowych cen sprzętu.”

5) Wadium w ofercie Motorola.

„Zamawiający wymagał zabezpieczenia oferty poprzez wniesienie wadium. Dopuszczalne było wniesienie wadium m.in. w formie gwarancji bankowej. Konsorcjum Motorola wniosła gwarancję w takiej właśnie formie. Na stronie 15 oferty znajduje się dokument pochodzący z banku Deutsche Bank Polska S.A. W treści gwarancji znalazł się wymóg, aby żądanie zapłaty zostało przekazane do gwaranta przez bank beneficjenta (Zamawiającego) wraz z jego potwierdzeniem, że osoby podpisane na żądaniu są do tego upoważnione. Taki wymóg w sposób nieuzasadniony ogranicza efektywność gwarancji. Zgodnie z SIWZ (pkt IX.6) z treści gwarancji powinno wynikać bezwarunkowe zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a oraz

art. 46 ust. 5 ustawy Pzp na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego

w terminie związania ofertą. Z postanowienia tego wynika, że jedyną przesłanką wypłaty gwarancji ma być pisemne żądanie Zamawiającego. Pośredniczenie banku beneficjenta nie było przewidziane w treści SIWZ. Ponadto wymóg przesyłania żądania zapłaty za pośrednictwem banku znacznie utrudnia Zamawiającemu realizację gwarancji, gdyż pośrednictwo banku wydłuża czas przekazania żądania zapłaty do gwaranta, co prowadzi do skrócenia okresu zabezpieczenia oferty. Z tego też względu należy uznać, że gwarancja nie została wniesiona prawidłowo. Powyższa klauzula może być również zakwalifikowana jako warunek gwarancji, a zgodnie z przywołanym wyżej wymogiem SIWZ gwarancja miała mieć charakter bezwarunkowej, co dodatkowo przesądza o nieprawidłowym zabezpieczeniu oferty.”

6) Oświadczenie z art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp złożone przez Motorola.

„(...) Zgodnie z pkt VII 5.2.7 SIWZ Zamawiający żądał oświadczenia Wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy PZP. (...)”

Tymczasem oświadczenia uczestników Konsorcjum datowane na 24 kwietnia 2019 r. stwierdzają, że nie wydano wobec Motorola Solutions System Polska Sp. z o.o. prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy. Z oświadczenia wynika zatem, że dotyczy ono braku skazania Motorola Solutions System Polska Sp. z o.o., a nie jego urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego. Analogiczne oświadczenie złożono w imieniu Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. Biorąc pod uwagę, że oświadczenia te nie dotyczą członków zarządu lub organu nadzorczego należy uznać, że Konsorcjum Motorola nie wykazała braku spełnienia podstaw wykluczenia określonych w pkt VI.2.6 SIWZ.

Jeżeli Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie to jest to brak nieusuwalny i konieczne jest wykluczenie wykonawcy. Jeżeli natomiast dokumenty nie były uzupełniane, zasadny jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy PZP.”

7) KRK p. D.P. złożone przez Motorola.

„(...) W dokumentach dotyczących Konsorcjum Motorola złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP znajdują się m.in. oświadczenia pana D. G. P. będącego członkiem zarządu Motorola Solutions System Polska sp. z o.o. i Motorola Solutions Polska sp. z o.o. Oświadczenia dotyczą braku skazania za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 oraz ust. 5 pkt 6 ustawy PZP. Oświadczenia te zostały jednak złożone w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, co jest niewystarczające. Oświadczenia te zostały złożone w związku z tym, że zaświadczenie Policji stanowej stanu Illinois jest niewystarczające z uwagi na możliwość użycia go wyłącznie do użytku na terytorium tego

stanu, co bezspornie wynika z treści zaświadczenia. Zatem okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 oraz ust. 5 pkt 6 ustawy PZP powinny być potwierdzone oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Oświadczenie takie powinno zostać jednak złożone w oryginale a nie w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Należy więc stwierdzić, że Konsorcjum Motorola nie wykazało braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP ani ust. 5 pkt 6 w zakresie kary aresztu. Jeżeli Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie to jest to brak nieusuwalny i konieczne jest wykluczenie wykonawcy. Jeżeli natomiast dokumenty nie były uzupełniane, zasadny jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy PZP.”

8) KRK p. J.D. i J.R. złożone przez Motorola.

„W dokumentach dotyczących Konsorcjum Motorola złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP znajdują się zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące członków zarządu obu spółek: J.R. i J.D. . Z zaświadczeń tych wynika, że potwierdzają one okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, a więc odnoszą się do przestępstw wymienionych w pkt 13. Należy jednak zauważyć, że brak jest dokumentów potwierdzających brak podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy PZP w zakresie kary aresztu. W odniesieniu do tej podstawy wykluczenia należało złożyć informację z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającą brak skazania na karę aresztu za przestępstwa określone w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy PZP. Wniosek taki potwierdzają przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126). W § 5 pkt tego rozporządzenia wymaga się złożenia „informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i

21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy". Zatem adnotacja w informacji z KRK odnosząca się do w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP powoduje, że informacja ta nie potwierdza braku skazania na karę aresztu ww. osób za przestępstwo określone w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy PZP. W konsekwencji należy stwierdzić, że Konsorcjum Motorola nie wykazało braku podstaw wykluczenia, w związku z czym należy uznać, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP w związku z art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy. Jeżeli Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie to jest to brak nieusuwalny i konieczne jest wykluczenie wykonawcy. Jeżeli natomiast dokumenty nie były uzupełniane, zasadny jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy PZP."

9) Zastrzeżenie przez Motorola jako tajemnica przedsiębiorstwa części dokumentów.

„Pośród dokumentów przedłożonych na wezwanie Zamawiającego przez Konsorcjum Motorola znalazły się dokumenty zakwalifikowane jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa:

- 1) Wykaz osób,
- 2) Certyfikaty dla specjalistów ds. wsparcia technicznego oferowanej infrastruktury,
- 3) Informacja z banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych.

W ocenie Odwołującego nie można wykluczyć, że dokumenty te zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże z pewnością nie jest tak, że cała treść tych dokumentów stanowi tajemnicę. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien udostępnić ww. dokumenty w formie kopii z zakrytymi danymi wrażliwymi. Takie rozwiązanie choćby częściowo umożliwiłoby Odwołującemu weryfikację zasadności wyboru oferty Konsorcjum Motorola nie naruszając przy tym interesu tego wykonawcy w zachowaniu pewnych informacji w tajemnicy. Należy nadmienić, że zasada jawności jest jedną z podstawowych zasad ustawy PZP, natomiast utajnienie treści oferty stanowi jedynie wyjątek od tej zasady, który powinien być interpretowany zawężająco a nie rozszerzająco."

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- c. wykluczenia konsorcjum Motorola z postępowania,
- d. odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Motorola.

Pismami, które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2019 r:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków oraz Motorola Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa, zgłosili przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 999/19 i KIO 1000/19 po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz Hytera Mobilfunk GmbH, 31848 Bad Munder, Fritz-Hahne Str. 7 PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 999/19 po stronie zamawiającego,
- 3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, Rohill Engineering B.V., Edisonstraat 12, 7903 AN Hoogeveen, Holandia oraz Page Communication Sp. z o.o., ul. Okrężna 8, 44-100 Gliwice, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1000/19 po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia ww. wykonawców.

Zamawiający złożył w dniu 12 czerwca 2019 r. odpowiedź na oba odwołania, w której w szczególności podniósł, co następuje:

I. Wniosek o „niekierowanie na rozprawę” określonych zarzutów zawartych w obu odwołaniach:

„(...) Postanowieniem z dnia 14 maja 2019 r. o sygn. KIO 649/19, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła wskazane wyżej odwołanie, dokonała rozstrzygnięcia w zakresie podniesionych zarzutów, a także wskazała prawidłowy sposób obliczania terminów na wniesienie odwołania dla przedmiotowego postępowania:

»(...) Reasumując, wobec przesłania Odwołującemu informacji o dopuszczeniu Konsorcjum Motorola do testów/prezentacji termin do wniesienia odwołania z podniesionymi w jego treści zarzutami, w ocenie składu orzekającego, powinien być liczony zgodnie z regułą wynikającą z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i rozpoczął bieg 15 marca 2019 r., a upłynął 25 marca 2019 r. Odwołanie w tej sprawie zostało wniesione 8 kwietnia 2019 r., a więc z uchybieniem terminowi na skorzystanie ze środków ochrony prawnej«

W ocenie Zamawiającego, wskazane wyżej postanowienie jest nie tylko prawidłowe, ale i wiążące przy rozpatrywaniu kolejnych odwołań w przedmiotowym postępowaniu. Przesądza o sposobie liczenia terminów dla oceny treści oferty w kontekście całego art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Postanowienie to może zostać zmienione jedynie w toku kontroli instancyjnej.

Z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej nie zgodziło się Konsorcjum Sprint, i zgodnie z przysługującym mu prawem, złożyło skargę do Sądu Okręgowego na postanowienie z dnia 14 maja 2019 r. o sygn. KIO 649/19. Uprawnienie do wniesienia skargi do Sądu Okręgowego przysługiwało również Konsorcjum Indra.

W obecnie zaistniałej sytuacji, jedynie Sąd Okręgowy władny jest do ewentualnej zmiany postanowienia o sygn. KIO 649/19. Rozpatrzenie obecnie wniesionych odwołań, w zakresie wszystkich zarzutów będzie stanowiło złamanie konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego. Orzeczenie przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie przedmiotowych zarzutów będzie stanowiło zmianę orzeczenia przez Izbę na tym samym poziomie orzeczniczym. W obecnie zaistniałej sytuacji, jedynie Sąd Okręgowy władny jest do ewentualnej zmiany postanowienia o sygn. KIO 649/19 a następnie do rozstrzygania o zarzutach opartych o art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. (...)

Zgodnie z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Natomiast art. 189 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie

zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Nawiązując do przedmiotowych regulacji, Zamawiający składa wniosek

o niekierowanie na rozprawę, następujących zarzutów zawartych w odwołaniach:
Konsorcjum Sprint:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Motorola pomimo, iż:
 - a. treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymagania dotyczącego jednoznacznego wskazania w ofercie konkretnego modelu oferowanego urządzenia;
 - b. wykonawca ten zaoferował urządzenia niespełniające wymagań SIWZ,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości wskutek przyjęcia oferty Konsorcjum Motorola nieodpowiadającej warunkom przetargowym określonym w SIWZ,
- 3) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zmianę SIWZ po upływie terminu składania ofert w części dotyczącej: wymogu wskazania w ofercie konkretnego modelu oferowanego urządzenia oraz wymagań dotyczących parametrów/ cech technicznych terminali przenośnych;
- 4) zarzut ewentualny — art. 84 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niedopuszczalnej zmiany treści oferty Konsorcjum Motorola (w zakresie oferowanego modelu urządzenia) po upływie terminu składania ofert;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Motorola pomimo, iż złożone wyjaśnienia potwierdziły zaoferowanie rażąco niskiej ceny;

6) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Motorola pomimo braku zabezpieczenia oferty wadium lub też pomimo nieprawidłowego wniesienia wadium;

Konsorcjum Indra:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Motorola jako niezgodnej z treścią SIWZ;

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Motorola jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędną ocenę wyjaśnień Konsorcjum Motorola, których treść potwierdza, iż oferta wykonawcy Motorola zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Motorola jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sprint jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędną ocenę wyjaśnień Konsorcjum Motorola, których treść potwierdza, iż oferta wykonawcy Motorola zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Sprint jako niezgodnej z treścią SIWZ;

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sprint jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji."

II. Merytoryczne uzasadnienie zamawiającego oddalenia obu odwołań.

Odwołanie Konsorcjum Indra.

Zgodność oferty Motorola z siwz.

„Wymogiem Zamawiającego było podanie w ofercie producenta (obligatoryjnie) oraz modelu lub wersji terminali (wymienne). Świadczy o tym użycie ukośnika między wyrazami „model” a „wersja”. Zamawiający wymagając łącznego wskazania tych dwóch elementów użyłby łącznika „i”. Wobec trybu realizacji prowadzonego postępowania „zaprojektuj i wybuduj” intencją Zamawiającego nie mogło być jednoznaczne zidentyfikowanie konkretnego produktu. Żądanie wskazania w ofercie producenta, oraz modelu lub wersji miało na celu uzyskanie informacji odnośnie bazowej platformy sprzętowoprogramowej, która zostanie użyta do budowy zamówionego rozwiązania. Wymaganie podania w ofercie producenta oraz modelu lub wersji miało na celu wyeliminowanie sytuacji, w której to Wykonawca dopiero po podpisaniu umowy będzie poszukiwał producenta rozwiązania. (...)

Reasumując należy stwierdzić, iż oferta Konsorcjum Motorola spełnia wymagania SIWZ, w szczególności określając dokładnie producenta i wersję oferowanego sprzętu. Należy również wziąć pod uwagę, iż wykonawca wskazał w ofercie model terminali przewoźnych — „MTP”. Obok tego określenia wykonawca użył sformułowania „Seria 3000”. Zamawiający nie określił w SIWZ definicji pojęć używanych w formularzu ofertowym. Z powyższego wynika, że wykonawca określając model w ofercie, może kierować się używanymi przez siebie sformułowaniami. Teza ta znajduje potwierdzenie w sposobie określenia tego samego terminala w ofertach Konsorcjum Indra („Sepura SC2020”) i Konsorcjum Sprint („Sepura SC20 Series wersja SC2020”). Wskazanie „Model: MTP”, w połączeniu ze wskazaną wersją oprogramowania, jest dla Zamawiającego wystarczające, bowiem określa, że wykonawca oferuje produkt firmy Motorola jakim jest terminal przenośny Tetra, czyli potwierdza dostarczenie sprzętu zgodnego z SIWZ.

Dodatkowo nie można zgodzić się z innymi tezami, stawianymi w tym punkcie przez Odwołującego. Nie jest prawdą, że na obecną chwilę na serię MTP 3000 składa się sześć różnych modeli terminali. Motorola Solutions — producent terminali, informuje na stronie internetowej, że wskazane w Odwołaniu radiotelefony: MTP 3100, MTP 3150, MTP 3200, MTP 3250 na chwilę obecną są terminalami już wycofanymi z produkcji (dowód nr 2 - wydruk ze strony internetowej Motorola Solutions o produktach wycofanych z produkcji). (...)"

Rażąco niska cena w ofercie Motorola.

„Zarzut ten stanowi manipulację Odwołującego, polegającą na nieuprawnionym połączeniu wymagań obligatoryjnych z pkt 27.1 Załącznika nr 2 do SIWZ — Opis przedmiotu zamówienia — dalej: OPZ, dotyczącymi integracji budowanego systemu z istniejącymi systemami TETRA, z wymaganiami fakultatywnie zamawianego interfejsu API, opisanego w pkt 27.2 OPZ, dotyczącego łączenia przedmiotowego systemu z ewentualnymi innymi systemami TETRA, budowanymi w przyszłości.

W pkt 27.1.1 OPZ Zamawiający stawia wymóg „Wykonawca opracuje interfejsy i zapewni połączenia z oraz do resortowych sieci TETRA (infrastruktura Rohill- KSP Warszawa, KWP: Kraków, Szczecin, Sepura —KWP Łódź) w lokalizacjach wymienionych w Załączniku nr 13”. W kolejnych punktach następuje uszczegółowienie sposobu integracji systemów. Sposób określony przez Zamawiającego, dopuszczający chociażby zgodnie z pkt 27.1.3 OPZ „co najmniej przeniesienie grupowej/kanalowej (jedna grupa na dotychczasowy ośrodek TETRA) korespondencji głosowej oraz możliwość zdalnego wyboru grup/kanalów na Konsolach Dyspozytorskich oraz identyfikację strony nadającej korespondencje”, czy w pkt 27.1.8 „Zamawiający dopuszcza rozwiązanie oparte na bazie Terminali”, nie wymaga od wykonawców konieczności ingerencji, a więc i znajomości, wykorzystywanych systemów TETRA innych producentów. Nieuprawnione jest więc twierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum Motorola powinno podjąć jakiekolwiek kontakty z firmą Rohill czy innymi producentami. Takie rozwiązanie stanowi celowy zabieg Zamawiającego, bowiem dla Zamawiającego było jasne, że wprowadzenie wymogu pełnej integracji systemów TETRA różnych producentów może w znaczący sposób ograniczać konkurencję, a nawet doprowadzić do sytuacji, w której tylko jeden wykonawca — w tym przypadku Odwołujący — mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Dlatego też trzeba z całą stanowczością podkreślić, iż zbudowanie prostych interfejsów, posiadających funkcjonalności określone przez Zamawiającego w pkt 27.1 OPZ, jest możliwe poprzez użycie dowolnych terminali TETRA jakiegokolwiek producenta oraz zwykłych systemów antenowych (tzw. interfejs powietrzny), bez konieczności żadnej ingerencji w istniejące systemy. OPZ nie przewiduje więc również potrzeby budowania specjalnego i zarazem bardzo rozbudowanego interfejsu (np. ISl). (...)

Z treści punktu 27.2 jasno wynika, że opisuje on zasady udostępnienia Zamawiającemu interfejsu API oraz jego funkcji. Dodatkowo treść tego punktu, zgodnie

z intencjami Zamawiającego, ukierunkowana jest na przyszłość i daje Zamawiającemu możliwość integracji dostarczonego Systemu z systemami, które powstaną w przyszłości. Zamawiający zakłada, że dostarczony w ramach obecnego postępowania System Tetra będzie rozwijany i dlatego istnieje możliwość, że rozbudowa Systemu będzie realizowana na bazie infrastruktury Tetra zupełnie innego producenta, nie reprezentowanego w toczącym się postępowaniu. Z tego powodu w chwili obecnej trudno przesądzić, który producent/wykonawca będzie realizował również jego rozbudowę, dlatego też dostarczenie interfejsu API zostało zaliczone do realizacji w ramach zamówienia opcyjnego. Taka treść punktu 27.2 podyktowana była koniecznością zachowania zasad konkurencyjności i nie stawianiem żadnego z dotychczasowych dostawców sprzętu w uprzywilejowanej pozycji, co nastąpiłoby w przypadku żądania integracji istniejących systemów poprzez interfejs API, jak to niezgodnie ze stanem faktycznym sugeruje Odwołujący.

Mając powyższe na uwadze należy z całą stanowczością stwierdzić, że to wyłącznie w gestii Zamawiającego pozostaje kiedy i w jaki sposób podjąć decyzję o wykorzystaniu dostarczonego w ramach toczącego się postępowania interfejsu API. Należy także wyraźnie podkreślić, że interfejs API ma jedynie opisać punkt styku z Systemem dostarczonym w ramach tego postępowania. Reasumując każdy z oferentów mógł dostarczyć interfejs API do oferowanego Systemu bez konieczności uwzględniania systemów konkurencji, tak więc nie musiał uwzględniać w ofercie kosztów ich integracji, a co za tym idzie także podejmować rozmów w tym zakresie z Odwołującym ani innym producentem.

Reasumując należy stwierdzić, iż nieuprawnionym jest teza odwołującego, że Konsorcjum Motorola powinno ująć w swojej ofercie koszty integracji budowanego systemu z użytkowanymi systemami w kosztach interfejsu fakultatywnego API lub innego interfejsu, np. ISl. Koszt połączenia systemów zgodnie z pkt 27.1 SIWZ został wyszczególniony w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, złożonych przez Konsorcjum Motorola.

Powyższy argument odnosi się również do kwestii zgodności oferty Konsorcjum Motorola z SIWZ. Skoro OPZ nie przewiduje konieczności budowy specjalnego i zarazem rozbudowanego interfejsu do istniejących systemów, Konsorcjum Motorola nie miało obowiązku oferować go Zamawiającemu. Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO 513/19 z dnia

8 kwietnia 2019 r., zapadłym w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego „Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie sposobu, w jaki wykonawca zapewni komunikację z systemami już funkcjonującymi i jak wyjaśnił na rozprawie, dopiero na etapie opracowywania projektu technicznego pozna założenia Wykonawcy. Oznacza to zatem, iż na etapie oceny ofert Zamawiający nie zamierzał weryfikować sposobu

wykonania zamówienia, a tym samym informacja ta nie stanowiła treści oferty”. Z uwagi na powyższe rozstrzygnięcie, w którym nota bene KIO nie zgodziła się z zasadnością odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ na podstawie informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, zarzut Odwołującego w tym zakresie jest nieuprawniony.”

Złożenie oferty Motorola jako czyn nieuczciwej konkurencji.

„W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutu opisanego w pkt 2 odwołania, ten zarzut jest również bezzasadny.”

Rażąco niska cena w ofercie Sprint.

„Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone wcześniej w odniesieniu do zarzutów do Konsorcjum Motorola z pkt 2 odwołania.”

Złożenie oferty Sprint jako czyn nieuczciwej konkurencji.

„W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutu opisanego w pkt 4 odwołania, ten zarzut jest również bezzasadny.”

KRKp. D.P. .

„Zamawiający dokonując oceny przedmiotowego dokumentu opierał się m.in. na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej z 2018 roku. Zgodnie z orzeczeniem KIO 410/18: (...)”.

Zastrzeżenie określonych dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa.

„Niezaprzeczalnie Konsorcjum Motorola przedstawiło szczegółowe uzasadnienie dla zastrzeżenia wskazanych dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to zostało poparte stosownymi dowodami. Zamawiający dokonał szczegółowej analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przedłożonych przez Konsorcjum Motorola. Uzasadnienie to w pełni potwierdziło zasadność zastrzeżenia informacji.”

Odwołanie Konsorcjum Sprint.

Zgodność oferty Motorola z siwz.

„Zamawiający podtrzymuje swoje twierdzenia wyrażone w pkt 1 odwołania Konsorcjum Indra.”

Rażąco niska ceny oferty Motorola.

„Zamawiający oceniając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny opierał się na materiałach dostarczonych przez Wykonawców, jak również na własnym doświadczeniu i dostępnych materiałach odnoszących się do zbliżonych zamówień realizowanych w Polsce. Przytoczona w odwołaniu Konsorcjum Sprint teza, że: „Na podstawie analiz ze wzmiankowanego badania możliwe jest wyodrębnienie wartości średnich kosztów budowy Stacji Bazowej dla systemów TETRA we wschodniej części Europy. Koszt ten kształtuje się na poziomie 147 698 euro netto. Globalna cena oferty powinna być zbliżona do średniej wyceny zawartej w raporcie IHS Markit wynoszącej 147 000 EUR (netto) za budowę pojedynczej Stacji Bazowej dla systemów TETRA.” nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości, gdyż w postępowaniu prowadzonym w 2014 roku przez firmę Energa na dostawę i wdrożenie systemu TETRA (postępowanie P//AZL/00063/14) cena pojedynczego BS w poszczególnych ofertach oscylowały w zakresie od 106 tys. euro do 42,5 tys. euro w kwotach brutto. Nadmienić należy, że występująca obecnie w konsorcjum z Odwołującym firma Hytera Mobilfunk GmbH złożyła w tamtym postępowaniu ofertę, w której koszt jednej stacji BS wyceniła na ok. 43 tys. euro brutto, a więc ponad 4 razy taniej niż koszt przywoływany przez Odwołującego (dowód nr 6 - Zestawienie ofert złożonych w ramach postępowania PIAZL0006314 — Dostawa i wdrożenie systemu TETRA).

Powyższe dowody wyraźnie świadczą o tym, że w rzeczywistości realna cena rynkowa wybudowania stacji bazowej jest wielokrotnie niższa niż wskazywana przez

Odwolującego. W świetle tych ustaleń oferta Konsorcjum Motorola, zarówno w zakresie ceny stacji bazowych, jak i ich ilości nie może być uznana za zawierającą rażąco niską cenę, czy też niezgodną z SIWZ.”

Oświadczenia złożone w trybie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

„Oznaczenie danego postępowania nie ma żadnego wpływu na zakres uzyskanej informacji, stanowi natomiast potwierdzenie uprawnienia do wystąpienia z żądaniem o przedstawienie informacji o niekaralności.

Informacja z KRK dotyczy pełnego zakresu danych z rejestru. Adnotacja „NIE FIGURUJE” oznacza, że w sprawie udzielania informacji o osobach oraz podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym, osoba lub podmiot, której/go dotyczy zapytanie, nie figuruje w tym rejestrze karnym. To samo dotyczy informacji o podmiocie zbiorowym

Zgodnie z ustawą o krajowym rejestrze karnym na wniosek każdej osoby, której dane osobowe znajdują się w zbiorach danych zgromadzonych w Rejestrze, na wniosek każdego podmiotu zbiorowego — udostępnia się informacje o treści wszystkich zapisów dotyczących danej osoby lub podmiotu zbiorowego (art. 7 ustawy o krk). (...)

Odnosnie oświadczenia Pana D. G. P. należy stwierdzić, iż Zamawiający nie oceniał tego dokumentu, ponieważ wykonawca złożył również urzędowy dokument potwierdzający brak karalności ww. osoby. W przypadku, kiedy w miejscu zamieszkania danej osoby wydawany jest taki dokument, nie można zastąpić go oświadczeniem składanym przed notariuszem.”

Zastrzeżenie określonych dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa.

„Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym dla zarzutu nr 7 z odwołania Konsorcjum Indra.”

Pismami z dnia 11 czerwca 2019 r. przystępujący Motorola złożył wnioski o odrzucenie obu ww. odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie odwołania o sygn. akt 999/19, w uzasadnieniu wniosku przystępujący wskazał, że odwołujący Indra powinien wnieść odwołanie w terminie liczonym od dnia 5 kwietnia 2019 r., ponieważ w tym dniu na rozprawie w sprawie KIO 513/19 potwierdził do protokołu, że posiadał wiedzę o fakcie przeprowadzenia przez zamawiającego testów. Przystępujący przytoczył wypowiedź odwołującego Indra do protokołu, zgodnie z którą „tylko na podstawie tych testów zamawiający mógłby uznać, czy oferta jest zgodna z SIWZ”. Stąd przystępujący Motorola wywiódł, że w zakresie zarzutów dotyczących zgodności jego oferty z siwz i rażąco niskiej ceny, odwołujący Indra powinien wnieść odwołanie w terminie liczonym od 5 kwietnia 2019 r., co oznacza, że odwołanie wniesione w dniu 31 maja 2019 r. w zakresie ww. zarzutów należy uznać za spóźnione i podlegające odrzuceniu.

W zakresie odwołania o sygn. akt 1000/19, w uzasadnieniu wniosku przystępujący Motorola wskazał, że odwołujący Sprint powinien wnieść odwołanie w terminie liczonym od dnia 15 marca 2019 r., ponieważ w tym dniu zamawiający powiadomił go o zaproszeniu przystępującego Motorola do testów, co oznaczało, że zamawiający uznał ofertę Motoroli za zgodną z siwz i nie zawierającą rażąco niskiej ceny. Przystępujący powołał się na postanowienie w sprawie o sygn. akt KIO 649/19, którym Izba odrzuciła poprzednie odwołanie konsorcjum Sprint z dnia 8 kwietnia 2019 r. uznając zarzuty za spóźnione. W konsekwencji przystępujący Motorola wywiódł, że w zakresie zarzutów dotyczących zgodności jego oferty z siwz i rażąco niskiej ceny, odwołujący Sprint powinien wnieść odwołanie w terminie liczonym od 15 marca 2019 r., co oznacza, że odwołanie wniesione w dniu 31 maja 2019 r. w zakresie ww. zarzutów należy uznać za spóźnione i podlegające odrzuceniu.

W dniu 12 czerwca 2019 r. przystępujący Motorola w sprawach o sygn. akt KIO 999/19 i 1000/19 przedstawił swoje stanowisko w zakresie podniesionych zarzutów.

Co do kwestii oferowanego modelu radiotelefonu noszonego przystępujący wyjaśnił, że w ofercie wskazano model MTP i serię 3000, a prezentowane w trakcie testów radiotelefony to MPT 3550 należące do serii 3000, czyli radiotelefony zgodne z ofertą. Ponadto MPT to skrót od „Motorola Tetra Portable”, a słowo portable oznacza „przenośny / noszony”, dlatego MPT podano w ofercie jako model. Zgodnie z formularzem ofertowym wykonawcy mieli podać model lub wersję radiotelefonu, a nie obie te informacje jednocześnie, ponadto pojęcia te nie zostały zdefiniowane w siwz.

Przystępujący zawarł też szeroką argumentację dotyczącą tego, że cena jego oferty

nie jest rażąco niska.

Co do KRK dla p. J.D. i p. J.R. przystępujący wskazał, że bez względu na to, jakie podstawy prawne zostały wymienione w przedłożonych zaświadczeniach, dokumenty te potwierdzają całkowity brak karalności ww. osób za jakiegokolwiek przestępstwa.

Co do KRK p. D.P. przystępujący wskazał, że są różne organy w USA, które wydają potwierdzenie niekaralności danej osoby i dokumenty wydawane w tym zakresie przez policję stanową są powszechnie stosowane w praktyce i niekwestionowane. Ponadto przystępujący dysponuje oryginałem oświadczenia złożonego w tej sprawie przed notariuszem i jest gotowy przedłożyć go na rozprawie.

Co do oświadczeń złożonych na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, przystępujący wskazał, że były one złożone z intencją potwierdzenia, że żadnego z członków organów zarządzających lub nadzorczych obu spółek konsorcjum Motorola nie skazano za wykroczenia wskazane w tych przepisach. Treść tych oświadczeń nie powinna być interpretowana w oderwaniu od postępowania i siwz.

Co do wadium, przystępujący wskazał, że kwestionowane przez odwołującego Sprint postanowienie w gwarancji wadialnej nie stanowi jakiegokolwiek warunku, a jedynie standardowy wymóg formalny.

Co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wskazał, że informacje dotyczące kluczowych pracowników niejednokrotnie stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, dlatego też mają wartość gospodarczą. Natomiast informacja z banku nie jest informacją publiczną i nie jest udostępniana w ramach działalności gospodarczej, co jest absolutnym standardem rynkowym, zaś udostępnienie informacji w zakresie np. samego oznaczenia banku, byłoby irrelewantne z punktu widzenia odwołującego.

W dniu 12 czerwca 2019 r. przystępujący Sprint w sprawie o sygn. akt 999/19 złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko w sprawie zarzutu rażąco niskiej ceny jego oferty. W dniu 16 lipca 2019 r. odwołujący Sprint w sprawie o sygn. akt 1000/19 złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko w sprawie sposobu wypełnienia formularza ofertowego przez wykonawcę Motorola.

W dniu 16 lipca 2019 r. odwołujący Indra w sprawie o sygn. akt 999/19 złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko w sprawie sposobu wypełnienia formularza ofertowego przez wykonawcę Motorola i rażąco niskiej ceny w ofertach Sprint i Motorola.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Po pierwsze, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Po drugie, Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Pismami z dnia 11.06.2019 r. i 12.06.2019 r., a także w trakcie posiedzenia w dniu 11.07.2019 r., zamawiający oraz przystępujący Motorola złożyli wnioski o odrzucenie obu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2, 3, 4 i 5 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisami Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem

rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;

5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

Rozpoznając każdą z ww. podstaw odrzucenia odrębnie, Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, należy zauważyć, że zamawiający uzasadnił wniosek o odrzucenie odwołań powołując się na art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3. W świetle ww. przepisu, zdaniem zamawiającego, zarówno wykonawcy Indra, jak i wykonawcy Sprint, nie przysługuje już prawo wniesienia odwołania wobec czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Motorola z powodu sposobu wypełnienia formularza ofertowego, tj. czynności podjętej zgodnie z orzeczeniem zapadłym uprzednio w tym samym postępowaniu w sprawie KIO 649/19. Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego należy jednak zauważyć, że w art. 185 ust. 6 ustawy Pzp mowa jest o „wyroku Izby lub sądu”, tymczasem orzeczenie Izby w sprawie KIO 649/19 zapadło w formie postanowienia. Przesłanki odrzucenia odwołania, z uwagi na ich skutek, należy zaś traktować jako wyjątki

od podstawowej zasady dostępności środków ochrony prawnej i w konsekwencji - interpretować ściśle. Skoro zatem nie ziszcza się okoliczność przewidziana w art. 185 ust. 6 ustawy Pzp w postaci wydania uprzednio wyroku Izby lub sądu, to nie można uznać w powiązaniu z ww. przepisem, że odwołujący Indra oraz Sprint są podmiotami nieuprawnionymi do wniesienia odwołań w myśl art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie Izby, nie zachodzi podstawa do odrzucenia obu odwołań.

Odnosząc się do art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że niezależnie od tego, jak ocenić zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu KIO 649/19 (czy dotyczyły tylko wyniku testów, czy także zgodności oferty wykonawcy Motorola z siwz ze względu na sposób wypełnienia formularza ofertowego), zarzuty podniesione w obu odwołaniach w sprawach KIO 999/19 i KIO 1000/19 dotyczą nowej czynności zamawiającego, tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność nie była jeszcze znana w momencie składania odwołania w sprawie KIO 649/19. Tym samym bieg terminu na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoczyna się w dniu przesłania wykonawcom informacji o ww. nowej czynności, tj. w dniu 21 maja 2019 r. Oznacza to, że oba odwołania zostały wniesione w terminie, tj. w dniu 31 maja 2019 r. i nie zachodzi podstawa do ich odrzucenia.

Odnosząc się do art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający argumentował, że sposób wypełnienia formularza ofertowego przez wykonawcę Motorola był już przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie KIO 649/19. Należy jednak zauważyć, że Izba w sprawie KIO 649/19 nie rozpoznała merytorycznie ww. okoliczności, gdyż odrzuciła odwołanie. Ponadto wykonawca Indra nie wniósł odwołania w sprawie KIO 649/19, zatem w jego przypadku nie zachodzi przesłanka „tego samego odwołującego się”, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie Izby, nie zachodzi podstawa do odrzucenia obu odwołań.

Odnosząc się do art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp należy zauważyć, że w przepisie tym mowa jest o „wyroku Izby lub sądu”, zaś w sprawie KIO 649/19 wydane zostało postanowienie. Jak wskazano już wyżej, przesłanki odrzucenia odwołania, z uwagi na ich skutek, należy traktować jako wyjątki od podstawowej zasady dostępności środków ochrony prawnej i w konsekwencji - interpretować ściśle. W konsekwencji, skoro nie ziszcza się okoliczności przewidziane w ww. przepisie, nie można uznać, że zachodzi podstawa do odrzucenia obu odwołań.

Po trzecie, Izba oddaliła opozycje zgłoszone przez zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawcy Sprint po stronie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym KIO 999/19 oraz przeciw przystąpieniu wykonawcy Indra po stronie odwołującego w postępowaniu odwoławczym KIO 1000/19. W obu przypadkach zamawiający powoływał się na treść art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Zamawiający podnosił, że w sprawie KIO 999/19 wykonawca Sprint nie poprze jego wniosku o odrzucenie bądź oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym oferty wykonawcy Motorola, zaś w sprawie KIO 1000/19 podnosił, że na posiedzeniu w dniu 12.06.2019 r. wykonawca Indra składał wnioski sprzeczne ze

stanowiskiem odwołującego Sprint.

Zgodnie z art. 185 ust. 4 zd. drugie ustawy Pzp Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddala opozycję. Rozpoznając opozycję zgłoszoną przez zamawiającego, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje nie jest tym samym, co interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje należy rozumieć szerzej, jako interes nie tylko w uzyskaniu zamówienia, ale także w uzyskaniu innego rodzaju korzyści w postępowaniu (por. wyrok Izby o sygn. akt KIO 371/16). W sprawie KIO 999/19 wykonawca Sprint ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, do którego przystąpił, ponieważ odwołujący Indra kwestionuje w swoim odwołaniu m.in. ofertę złożoną przez Sprint. W zakresie zarzutów dotyczących swojej oferty wykonawca Sprint ma więc interes w tym, aby odwołanie zostało oddalone i aby w konsekwencji jego oferta nie została odrzucona. W sprawie KIO 1000/19 wykonawca Indra ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego Sprint, ponieważ obaj ci wykonawcy kwestionują w swoich odwołaniach ofertę wykonawcy Motorola. Zatem uwzględnienie odwołania wniesionego przez odwołującego Indrę zwiększa szanse wykonawcy Sprint na osiągnięcie celu w postaci odrzucenia oferty Motorola. Tym samym obaj wykonawcy: Sprint i Indra, mają w ocenie Izby, interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili, tj. wykonawca Sprint ma interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego w sprawie KIO 999/19, zaś wykonawca Indra ma interes w przystąpieniu po stronie odwołującego Sprint w sprawie KIO 1000/19.

Ponadto Izba stwierdziła, że treść art. 185 ust. 5 ustawy Pzp nie ma znaczenia dla sposobu rozumienia interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 4 zd. drugie ustawy Pzp. Zakaz, który wynika z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, wpływa na dopuszczalny zakres czynności przystępującego podejmowanych w trakcie postępowania odwoławczego, natomiast nie wpływa na posiadanie przez niego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił i tym samym nie może skutkować uwzględnieniem opozycji.

Zarzut dotyczący sposobu wypełnienia formularza ofertowego przez wykonawcę Motorola - sygn. akt 999/19 i 1000/19.

W pkt 14.4. formularza ofertowego będącego załącznikiem nr 1 do siwz, zamawiający zawarł następującą treść:

„14. Oferujemy:

4) Radiotelefony noszone:.....(wpisać producenta model/wersję).”

W pkt 2 ww. formularza zamawiający zawarł następującą treść oświadczenia:

„2. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z dokumentacją przetargową udostępnioną przez Zamawiającego i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń oraz, że otrzymaliśmy wszelkie niezbędne informacje do prawidłowego sporządzenia oferty i wykonania zamówienia. Oświadczamy, że zamówienie będzie realizowane zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jej załącznikach, zwaną dalej SIWZ.”

W pkt 2 zdanie drugie załącznika nr 6 do siwz dotyczącego zasad przeprowadzenia testów oferowanego przedmiotu zamówienia, zamawiający przewidział: „Modele terminali muszą być zgodne ze zgłoszonymi w ofercie przetargowej Wykonawcy”.

Wykonawca Motorola w pkt 14.4. formularza ofertowego wpisał:

„14. Oferujemy:

4) Radiotelefony noszone:

Producent: Motorola Solutions; Model MTP seria 3000 wersja oprogramowania MR 17.3.”

Odnosząc się do przedstawionego stanu faktycznego, w pierwszej kolejności należy ustalić, jaki wymóg wynika z siwz, tj. z ww. formularza ofertowego, w zakresie sposobu określenia oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia. Po pierwsze, należy stwierdzić, że wykonawca zobowiązany był podać producenta radiotelefonu (terminala) oraz jego model lub wersję (zastosowany przez zamawiającego ukośnik należy bowiem

odczytywać jako słowo „lub”). Po drugie, należy stwierdzić, że podanie ww. modelu lub wersji miało służyć jednoznacznej identyfikacji przedmiotu zamówienia w zakresie radiotelefonów noszonych, co następnie było niezbędne do przeprowadzenia ich testów. Jak bowiem wynika z pkt 2 załącznika nr 6 do siwz dotyczącego zasad przeprowadzenia testów, testowany model terminala musiał być zgodny z modelem oferowanym. Oznacza to, że oznaczenie w formularzu ofertowym modelu lub wersji radiotelefonu było niezbędne do identyfikacji oferowanego urządzenia, i w konsekwencji - do przeprowadzenia testów tego konkretnego modelu lub wersji, która została wpisana do formularza ofertowego.

W świetle ww. ustaleń, należy ocenić, czy wykonawca Motorola spełnił ww. wymóg dotyczący identyfikacji oferowanego radiotelefonu.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że wykonawca Motorola nie wpisał do formularza ofertowego modelu terminala. Wskazanie: „Model MTP seria 3000” nie jest bowiem oznaczeniem modelu. Po pierwsze, seria 3000 obejmuje 6 różnych modeli MTP, co nie jest sporne między stronami. Potwierdzają to też dowody złożone na posiedzeniu i rozprawie, w tym dowody złożone przez samego przystępującego Motorola, z których wynika, że: „Modele 3500 i MTP 3550 to kolejne modele z serii MTP 3000 ...” (fragment ze strony internetowej wykonawcy Motorola), „Seria MTP 3000 radiotelefony Tetra (...) Rodzina urządzeń rozszerzona o modele MTP 3500 i MTP 3550” (tytuł katalogu Motorola Solutions), w wykazie terminali użytych do prezentacji jako model wpisywano MTP z oznaczeniem numerycznym, np. 3550 (protokół prezentacji systemu Tetra). Powyższe dowody potwierdzają, że dla oznaczenia modelu radiotelefonu nie jest wystarczające wpisanie serii, gdyż seria ta obejmuje kilka modeli, ale każdy z nich dla odróżnienia oznaczany jest dodatkowo określonym numerem. Numer zatem (obok „MTP”) stanowi dopiero oznaczenie identyfikujące konkretny model.

Po drugie, nie można też podzielić argumentu, jakoby samo „MTP” oznaczało model radiotelefonu. „MTP” stanowi, jak wskazał sam przystępujący Motorola, skrót od „Motorola Tetra Portable”, a zatem oznacza po prostu radiotelefon noszony. Jest to więc oznaczenie rodzaju urządzenia, odróżniające je od innych rodzajów, np. od radiotelefonów biurkowych (MTM), a nie oznaczenie konkretnego modelu. Oznaczenie konkretnego modelu, jak wskazano już wyżej, wymagało dodania do „MTP” określonego numeru terminala.

Po trzecie, okazany przez wykonawcę Motorola na rozprawie model radiotelefonu nie był modelem wskazanym w formularzu ofertowym, był natomiast modelem testowanym, na podstawie którego zamawiający oceniał zgodność oferty z wymaganiami technicznymi. Powyższe potwierdza zarzut odwołujących, iż dopiero w ramach testów możliwe było zidentyfikowanie oferowanego urządzenia, co naruszało ustalone w postępowaniu zasady i umożliwiło wykonawcy Motorola uzupełnienie oferty w zakresie niemożliwym do dokonania po otwarciu oferty.

Ponadto, należy stwierdzić, że wykonawca Motorola nie wpisał do formularza ofertowego także wersji terminala. Wbrew stanowisku zamawiającego, zarzut ten został podniesiony przez odwołujących (str. 10 pkt 1 odwołania Indra oraz str. 6 akapit pierwszy odwołania Sprint). Po pierwsze, należy zatem zauważyć, że w formularzu ofertowym zamawiający wymagał wpisania wersji radiotelefonu, podczas gdy wykonawca Motorola wpisał wersję oprogramowania MR17.3. Wersja oprogramowania nie może być utożsamiana z wersją radiotelefonu i traktowana zamiennie jako spełnienie wymogu siwz.

Po drugie, wskazana przez wykonawcę Motorola wersja oprogramowania nie identyfikuje też radiotelefonu (choć sam przystępujący stwierdził na rozprawie, że wersja to zbiór funkcjonalności, które powinny identyfikować urządzenie), ponieważ stosowana jest w różnych rodzajach i modelach terminali. Powyższe potwierdza już treść formularza ofertowego wykonawcy Motorola, w którym oprogramowanie MR 17.3. wpisał on także dla terminali biurkowych (MTM seria 5400 i MTM seria 5500) i dla radiotelefonów przewoźnych (MTM seria 5400). Ponadto z przedstawionego na rozprawie przez odwołującego Sprint wydruku ze strony internetowej Motorola wynika, że oprogramowanie MR 17.3. wspiera szereg wskazanych w tabelach terminali Tetra, w tym m.in. MTP 3250, MTP 3200, MTP 3150 i MTP 3100 (wydruk w zakresie dotyczącym ww. oprogramowania został przetłumaczony na język polski). Zatem wskazana wersja oprogramowania nie identyfikuje konkretnego modelu terminala.

Niezależnie od powyższych ustaleń, należy odnieść się do argumentów podnoszonych przez zamawiającego i przystępującego Motorola w ww. sprawie. Nie można zgodzić się z argumentem przystępującego Motorola, że przedmiot jego oferty w zakresie radiotelefonów noszonych należy ustalać łącznie na podstawie treści oświadczenia złożonego w pkt 2 formularza ofertowego, treści pkt 14.4. ww. formularza oraz tego, co zostało ostatecznie poddane testom. Już samo podniesienie przez przystępującego tego argumentu zwraca uwagę, że skoro konieczne jest badanie aż trzech różnych elementów, to

znaczy, że w zakresie jednego z nich, tj. w pkt 14.4. formularza ofertowego, radiotelefony nie zostały jednoznacznie określone. Tymczasem to właśnie w pkt 14.4. formularza ofertowego wykonawca miał wskazać, jaki konkretnie model lub wersję radiotelefonów noszonych oferuje. Ponadto oświadczenie z pkt 2 formularza ofertowego ma charakter ogólnego oświadczenia, składanego powszechnie w postępowaniach o zamówienie publiczne i fakt jego złożenia przez wykonawcę nie może przesądzać o zgodności oferty z siwz, jak też niemożliwe jest na podstawie jego treści zidentyfikowanie przedmiotu zamówienia, w tym przypadku - modelu lub wersji radiotelefonów noszonych. Z kolei podnoszenie przez przystępującego faktu, że przyniósł na testy model MTP 3550 świadczy o chęci odwrócenia przewidzianej w siwz procedury przeprowadzenia testów. Zgodnie z siwz bowiem (pkt 2 załącznika nr 6 do siwz) model testowany miał być zgodny z modelem oferowanym. Oznacza to, że najpierw wykonawca powinien w formularzu ofertowym jednoznacznie określić model lub wersję oferowanego radiotelefonu, a dopiero na podstawie tak określonego modelu lub wersji dopuszczano do testów ten sam model lub wersję. Zatem przyniesienie na testy określonego modelu, nie może zastępować pierwotnej czynności wykonawcy, jaką powinno być wpisanie do formularza ofertowego konkretnego modelu lub wersji terminala i nie może świadczyć o tym, że ta czynność została prawidłowo dokonana.

Nie można także zgodzić się z argumentami odnoszącymi się do takich okoliczności, jak to, że część modeli wchodzących w skład serii 3000 została wycofana, że w magazynie firmy Motorola nie było już części tych modeli, że tylko model MTP 3550 spełnia wymagania siwz i że zgodnie z pkt 6.1.3. OPZ urządzenia miały być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą zawarcia umowy, co miałyby prowadzić do konkluzji, że wykonawca

Motorola oferował model MTP 3550, a nie inne, starsze modele. Przede wszystkim należy wyraźnie podkreślić, że powyższe okoliczności nie zmieniają faktu, że w pkt 14.4. formularza ofertowego wykonawca Motorola nie wskazał modelu lub wersji radiotelefonu noszonego. Ponadto nie jest rolą zamawiającego sprawdzanie takich lub podobnych okoliczności i na ich podstawie domniemywanie, co w istocie oferuje wykonawca. Na marginesie jedynie należy dodać, że nawet po wycofaniu części modeli z serii 3000, nadal w sprzedaży są co najmniej dwa modele: 3500 i 3550, z których, co nie jest sporne pomiędzy stronami, model MTP 3500 nie spełnia wymagań siwz, ponadto wymagania siwz spełnia także model 3250, którego zakup nadal jest możliwy w Europie (informacja mailowa z firmy Motorola), natomiast pkt 6.1.3. OPZ dotyczy systemu, a nie samych terminali, ponadto wymóg ten nie ma znaczenia dla stwierdzenia, że model lub wersja radiotelefonu noszonego nie zostały w formularzu ofertowym podane.

Reasumując, oferta wykonawcy Motorola jest niezgodna z pkt 14.4. załącznika nr 1 do siwz, ponieważ wykonawca nie wskazał w formularzu ofertowym modelu lub wersji radiotelefonu noszonego. Oznacza to, że oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Potwierdziły się jednocześnie zarzuty podniesione przez odwołującego Sprint, zgodnie z którymi przedstawienie przez wykonawcę Motorola na testach modelu MTP 3550 nie może stanowić potwierdzenia, że te właśnie terminale były oferowane w formularzu ofertowym, jak też że sposób wypełnienia formularza ofertowego przez wykonawcę Motorola nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Określenie radiotelefonu noszonego stanowi merytoryczną treść oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia i zastosowanie w tym stanie faktycznym ww. przepisu prowadziłoby do istotnej zmiany w treści oferty. Nieodrzućenie oferty, która nie spełnia opisanego w siwz wymogu wskazania modelu lub wersji terminala, stanowi także naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się natomiast zarzut dokonania przez zamawiającego zmiany siwz po terminie składania ofert - fakt taki nie ma odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, natomiast odwołujący wywodzi go jedynie z własnej interpretacji czynności zamawiającego.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, zgodnie z którym Izba nie powinna orzekać w zakresie ww. zarzutu z powodu zaistnienia sprawy zawistej, należy zauważyć, że zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. W przepisach kpc dotyczących sądu polubownego nie przewidziano odrzucenia pozwu lub wniosku z przyczyn podniesionych przez zamawiającego. Ponadto przesłanki odrzucenia odwołania przewiduje art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i brak ich ziszczenia się w przedmiotowej sprawie został już wyżej ustalony.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawcy Motorola i wykonawcy Sprint - sygn. akt 999/19.

Zgodnie z OPZ:

26. Integracja z innymi systemami

26.1. Wykonawca udostępni specyfikację interfejsów API w zakresie opisanym w punkcie

27.2.

27. Integracja z innymi systemami TETRA

27.1 Zakres obligatoryjny:

27.1.1 Wykonawca opracuje interfejsy i zapewni połączenia z oraz do resortowych sieci TETRA (infrastruktura Rohill - KSP Warszawa, KWP: Kraków, Szczecin, Sepura — KWP Łódź) w lokalizacjach wymienionych w Załączniku nr 13.

27.2. Zakres fakultatywny:

27.2.1 Wykonawca w ramach budowy i wdrożenia Systemu zapewni i udostępni Zamawiającemu interfejs API umożliwiający dostęp do następujących funkcji: połączenia indywidualne, połączenia grupowe, wywołania alarmowe, wiadomości statusowe, krótkie wiadomości tekstowe, identyfikator strony nadającej korespondencję. Wykonawca w ramach budowy interfejsu przygotuje szczegółowy opis jego funkcjonalności, parametrów, schematu zasilania, pól informacyjnych, protokołów, ramek, synchronizacji. Wszelkie koszty dotyczące udostępnienia interfejsu API i jego szczegółowego opisu leżą po stronie Wykonawcy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do udostępnienia interfejsu API wraz z jego szczegółowym opisem podmiotom trzecim, wyłącznie w zakresie możliwości ich wykorzystania do połączenia z Systemem. (...)

Z analizy powyższych postanowień opisu przedmiotu zamówienia wynika, że obligatoryjny zakres integracji, o którym mowa w pkt 27.1. nie jest tym samym, co fakultatywny zakres integracji, o którym mowa w pkt 27.2. Pkt 27.2. dotyczy jedynie udostępnienia interfejsu API, który w przyszłości umożliwi integrację z innymi systemami. Interfejs API jest jedynie wejściem do danego systemu, a nie połączeniem z innymi systemami. Oznacza to, że wykonawcy mieli obowiązek wycenić koszt API jedynie jako „furtkę” umożliwiającą integrację w przyszłości, a nie jako połączenie z istniejącymi systemami. W konsekwencji takiego rozumienia treści pkt 27.2. OPZ, nie są zasadne argumenty odwołującego Indra, zgodnie z którymi dla udostępnienia interfejsu API konieczne jest uzyskanie informacji od firmy Rohill albo opracowanie interfejsu ISL, a także uwzględnienie tych czynników w cenie oferty.

Wykonawcy Motorola i Sprint zaoferowali i wycenili interfejs API w sposób wynikający z pkt 27.2. OPZ, co prowadzi do wniosku, że ich oferty są w tym zakresie zgodne z siwz i nie ma podstaw do stwierdzenia, że zawierają rażąco niską cenę. W tym stanie rzeczy za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, jak też powiązany z nim zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Motorola - sygn. akt 1000/19.

Zgodnie z OPZ zamawiający przewidział konieczność posadowienia co najmniej 170 stacji bazowych. Zgodnie z pkt 46.1. OPZ, w uzasadnionych przypadkach zamawiający dopuszcza instalację stacji bazowej w lokalizacji zapewnionej przez wykonawcę, pod warunkiem wykazania w projekcie technicznym braku możliwości zapewnienia na określonym obszarze wymaganych zasięgów radiowych z lokalizacji udostępnionych przez zamawiającego (wskazanych w załączniku nr 11). Zgodnie z pkt 46.12. OPZ zamawiający dopuszcza wykorzystanie lokalizacji stanowiących własność Skarbu Państwa innych niż wymienione w załączniku nr 11, z zastrzeżeniem, że ciężar uzyskania wszelkich wymaganych przepisami prawa pozwoleń, zezwoleń lub zgód zarządców lub właścicieli obiektów, spoczywa na wykonawcy.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego Sprint, należy zauważyć, że wykonawcy

nie mieli obowiązku podawać w ofertach ilości planowanych stacji bazowych. Zarzut zaofiarowania za małej ilości stacji jest zatem oparty jedynie na domniemaniu odwołującego. Niemniej jednak powyższa kwestia była przedmiotem wyjaśnień wykonawcy Motorola udzielonych w odpowiedzi na dodatkowe pytania zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny i z treści tej odpowiedzi wynika, że wykonawca uwzględnił w swojej ofercie stacje bazowe zgodnie z wymaganiami siwz. Dodatkowo powoływanie się przez odwołującego na średnie ceny stacji bazowych wynikające z raportu „IHS Markit LMR Infrastructure and System Integration Report - 2017” nie muszą przekładać się bezpośrednio na koszty ponoszone przez konkretnego wykonawcę na rynku, który ze względu np. na zmianę lokalizacji (dopuszczalną w OPZ pod pewnymi warunkami), niższe koszty współpracy z podwykonawcami, czy niższą marżę uzyskiwaną na tym elemencie przedmiotu zamówienia, może zaofiarować w efekcie niższą cenę niż przedstawiona w ww. raporcie.

Z oferty wykonawcy Motorola i przedstawionych na rozprawie dowodów nie wynika także, że wykonawca ten oferuje stare / wycofane z rynku terminale. Fakt, że wykonawca

Motorola nie wskazał w formularzu ofertowym modelu lub wersji terminala, nie wykluczałby wprowadzie możliwości dostarczenia przez niego na etapie realizacji dowolnych radiotelefonów MTP, ale też nie stanowi dowodu na zamiar wykorzystania tej możliwości i w konsekwencji - na wynikającą z tego rażąco niską cenę oferty.

Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może prowadzić do sytuacji, w której odwołujący zwolniony jest całkowicie choćby z uprawdopodobnienia swoich zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny innego wykonawcy. W niniejszej sprawie argumenty odwołującego Sprint nie znalazły potwierdzenia w okolicznościach faktycznych sprawy, dlatego też za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący informacji z KRK złożonej przez wykonawcę Motorola dla p. D.P. - sygn. akt 999/19 i 1000/19.

Zamawiający przewidział w siwz m.in. przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. W celu wykazania braku ww. podstawy wykluczenia, wykonawca Motorola przedłożył informację w sprawie niekaralności p. D.P., urzędującego członka zarządu obu spółek wchodzących w skład konsorcjum Motorola, wystawioną przez Policję Stanową Stanu Illinois oraz złożone przed notariuszem oświadczenie własne ww. osoby.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że przedłożenie oświadczenia złożonego przed notariuszem nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy, ponieważ zgodnie z § 7 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) oświadczenie takie można złożyć jedynie w przypadku, gdy w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, czyli informacji z odpowiedniego rejestru. W Stanach Zjednoczonych informacja o niekaralności jest wydawana przez właściwe organy zarówno na poziomie stanowym i lokalnym (rejestry sądowe lub policyjne), jak i federalnym (rejestr FBI). Tym samym wykonawca powinien był przedstawić informację pochodzącą z takich rejestrów uwzględniającą czyny penalizowane na każdym z ww. poziomów (por. wyrok KIO 420/19).

Oznacza to, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Motorola do uzupełnienia informacji o niekaralności ww. osoby na poziomie federalnym. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że przystępujący Motorola przedstawił taką informację (wydaną przez FBI) na rozprawie, a przede wszystkim - że Izba nakazała odrzucenie jego oferty, niezasadne byłoby nakazywanie zamawiającemu wzywania wykonawcy do uzupełnienia.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia dokumentów złożonych przez wykonawcę Motorola jako tajemnicy przedsiębiorstwa - sygn. akt 999/19 i 1000/19.

Zamawiający żądał w siwz dysponowania specjalistami ds. wsparcia technicznego oferowanej infrastruktury systemu (minimum 2 osoby) posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie wsparcia oferowanego systemu, poświadczone ważnymi certyfikatami producenta tego systemu, jak też żądał złożenia wykazu osób i informacji banku lub

spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca Motorola przedstawił m.in. ww. oświadczenia i dokumenty, zastrzegając jednocześnie w piśmie przewodnim z dnia 24.04.2019 r. (pkt 3, 4, 6), treść ich wszystkich jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do kwestii wykazu osób i certyfikatów dla specjalistów ds. wsparcia technicznego, należy zgodzić się z odwołującym Indra, że szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Motorola odnosi się jedynie do wykazu. Niemniej jednak, jak wskazano wyżej, certyfikaty także zostały zastrzeżone w ww. piśmie przewodnim i należy uznać, że z uwagi na tożsamy ryzyko zidentyfikowania pracowników wykonawcy Motorola, powód ich zastrzeżenia jest taki, jak w przypadku wykazu osób. W związku z tym należy zgodzić się z argumentami zamawiającego i przystępującego Motorola, że ujawnienie ww. dokumentów z pominięciem tylko nazwisk, nie chroni wykonawcy przed ujawnieniem tożsamości jego pracowników, gdyż pozostałe dane znajdujące się w tych dokumentach, w tym wykształcenie i doświadczenie, pozwalają w dalszym ciągu na ich identyfikację.

Odnosząc się do kwestii informacji banku, należy zgodzić się z zamawiającym i przystępującym Motorola, że znajdujące się w tym dokumencie informacje, inne niż dotyczące wysokości środków finansowych, nie mają wartości dla oceny spełnienia warunku finansowego przez wykonawcę.

Ze względu na powyższe, a przede wszystkim ze względu na to, że Izba nakazała odrzucenie oferty wykonawcy Motorola, niezasadne byłoby nakazywanie zamawiającemu ujawnienia ww. dokumentów.

Zarzut dotyczący wadium złożonego przez wykonawcę Motorola - sygn. akt 1000/19.

Zamawiający wymagał zabezpieczenia oferty poprzez wniesienie wadium. Zgodnie z pkt IX.6 siwz, z treści gwarancji powinno wynikać bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą. Wykonawca Motorola wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, w której znalazł się wymóg, aby żądanie zapłaty zostało przekazane do gwaranta przez bank beneficjenta (zamawiającego) wraz z jego potwierdzeniem, że osoby podpisane na żądaniu są do tego upoważnione.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego Sprint, że taki wymóg w sposób nieuzasadniony ogranicza efektywność gwarancji. Wskazane postanowienie gwarancji, nie stanowi, w ocenie Izby, jakiegokolwiek warunku, a jedynie standardowy wymóg formalny mający na celu upewnienie się przez gwaranta, że zapłaty żądają osoby upoważnione do tego po stronie zamawiającego. Dodatkowo należy zauważyć, że w treści ww. gwarancji znalazł się też zapis o treści: „niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantujemy zapłatę każdej kwoty do łącznej wysokości (...) na każde, pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta”, co także potwierdza, że złożona gwarancja zapewnia bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp uznano za niezasadny.

Zarzut dotyczący oświadczeń z art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp złożonych przez wykonawcę Motorola - sygn. akt 1000/19.

Zamawiający przewidział w siwz m.in. przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. W celu wykazania braku ww. podstawy wykluczenia, wykonawca Motorola przedłożył oświadczenia, że nie wydano wobec obu spółek tworzących konsorcjum prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym na podstawie ww. przepisów.

Należy zauważyć, że art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp odnosi się do urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta. Tym samym wykonawca powinien był przedstawić oświadczenia odnoszące się do osób pełniących ww. funkcje w obu spółkach, nie zaś do samych spółek jako wykonawców.

Oznacza to, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Motorola do uzupełnienia

prawidłowych oświadczeń. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że przystępujący Motorola przedstawił takie oświadczenie na rozprawie, a przede wszystkim - że Izba nakazała odrzucenie jego oferty, niezasadne byłoby nakazywanie zamawiającemu wzywania wykonawcy do uzupełnienia.

Zarzut dotyczący informacji z KRK złożonej przez wykonawcę Motorola dla p. J.R. i p. J.D. -

sygn. akt 1000/19.

Zamawiający przewidział w siwz m.in. przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 i ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp. W celu wykazania braku ww. podstawy wykluczenia, wykonawca Motorola przedłożył informacje w sprawie niekaralności p. J.D. oraz p. J.R. W pkt 11 obu informacji wskazano tylko art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 zdanie drugie ustawy o Krajowym rejestrze karnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1158 ze zm.), osobie, której dane osobowe znajdują się w zbiorach danych zgromadzonych w Rejestrze, na jej wniosek, udostępnia się informację o treści wszystkich zapisów dotyczących tej osoby. Powyższe oznacza, że nie ma znaczenia, jaki przepis zostanie wskazany w zapytaniu o udzielenie informacji o osobie, gdyż bez względu na to, informacja udzielana w tej sprawie przez właściwy organ, będzie odnosiła się do wszystkich zapisów dotyczących tej osoby.

Tym samym, mimo wpisania w informacji z KRK jedynie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, nie ma podstaw do stwierdzenia, że złożone dokumenty nie obejmują także czynów, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy zarzut uznano za niezasadny.

Reasumując, Izba stwierdziła, że potwierdził się przede wszystkim zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący