

WYROK
z dnia 19 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawcę E. Sp. z o.o., (...) w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Radio S.A., (...) przy udziale wykonawcy: B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. i wykonawcy: A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1065/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: E. Sp. z o.o., (...) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: E. Sp. z o.o., (...) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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.....

1

Uzasadnienie

Zamawiający: Polskie Radio S.A., (...) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie „usług emisji programów Polskiego Radia w zakresie UKF-FM” (znak sprawy: BZ-DZP.B/542.2016).

W dniu 18 maja 2017 r. Odwołujący: E. Sp. z o.o., (...) otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszych ofert w zadaniach nr 2, 14, 30, 62 i 70.

Nie zgadzając się z powyższą decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 29 maja 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegających na:

1) wyborze oferty złożonej przez Ł. S. prowadzącego działalność gospodarczą pt. T. Ł. S. w R., w zadaniu (części) nr 62, a w konsekwencji zaniechania czynności polegającej na odrzuceniu oferty T. Ł. S. w R., który nie złożył wymaganego oświadczenia o podwykonawstwie, pomimo obowiązku jego złożenia wynikającej ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ,

2) wyborze oferty złożonej przez B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz uznaniu ważności oferty złożonej przez A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. w zadaniu (części) nr 2, 30 i 70, a w konsekwencji zaniechaniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty B. Sp. z o.o. w W., który nie przedstawił wymaganej charakterystyki systemu antenowego oraz zaniechaniu czynności polegającej na wykluczeniu A. Sp. z o.o. w W. w tych zadaniach, jako podmiotu, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a także zaniechaniu wykluczenia B. Sp. z o.o. jako podmiotu, który nie przedstawił zaświadczenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych,

3) wyborze oferty złożonej przez A. Sp. z o.o. w W., w zadaniu nr 14 (a w

konsekwencji zaniechaniu czynności polegającej na wykluczeniu A. Sp. z o.o. w W. w tym zadaniu, jako podmiotu, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania),

Odwolujący podniósł następujące zarzuty:

1) naruszenia art 89 ust 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Transmisja Łukasz Studencki, jako sprzecznej z SIWZ w zadaniu (części) nr 62, mając na względzie, że nie złożył wymaganego oświadczenia o podwykonawstwie, pomimo obowiązku jego złożenia wynikającego z pkt 13 SIWZ względnie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty w 2

zakresie zamiaru korzystania z podwykonawstwa.

2) naruszenia 82 ust.3 oraz art 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp w poprzez zaniechanie odrzucenia oferty B. Sp. z o.o. jako sprzecznej z SIWZ w zadaniu (części) nr 2, 30 i 70, mając na względzie, że nie przedstawił wymaganej „szczegółowej poziomej charakterystyki systemu antenowego podaną, co 5° z dokładnością do 0,1 dB, za pomocą, którego świadczona będzie usługa”, pomimo obowiązku jego złożenia wynikającego z pkt. 10.2 i następnych SIWZ, a także

naruszenia art 22 ust 1 pkt. 2 w zw. z 24 ust 1 pkt 12 oraz ust 4 ustawy Pzp, z ostrożności procesowej ewentualne naruszenie art 26 ust 3 - 4 w zw. z art 25 ust 1 i art 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia B. Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr 2, 30 i 70 oraz zaniechanie uznania oferty B. Sp. z o.o. za odrzuconą, mimo, iż B. Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie przedłożenia zaświadczenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, bądź wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu (braku podstaw wykluczenia), a także

naruszenia art 22 ust 1 pkt 2 w zw. z 24 ust 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp i art 24 ust 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, z ostrożności procesowej ewentualne naruszenie art. 26 ust 3 - 4 w zw. z art 25 ust 1 i art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia A. Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr 2, 30 i 70 oraz zaniechanie uznania oferty A. Sp. z o.o. za odrzuconą, mimo, iż A. Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie przedłożenia aktualnej informacji Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art 24 ust 1 pkt. 14 i 21 ustawy Pzp dla członka organu zarządzającego oraz podmiotu zbiorowego lub przynajmniej przy zachowaniu ostrożności procesowej wezwania wykonawcy A. Sp. z o.o. do złożenia dokumentów bądź wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu (braku podstaw wykluczenia),

3) naruszenia art 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z 24 ust 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp, i art 24 ust 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp z ostrożności procesowej ewentualne naruszenie art 26 ust 3 - 4 w zw. z art. 25 ust 1 i art 24 ust 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia A. Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr 14 oraz zaniechanie uznania oferty A. Sp. z o.o. za odrzuconą, mimo, iż A. Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie: przedłożenia aktualnej informacji Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art 24 ust. 1 pkt. 14 i 21 ustawy Pzp dla członka organu zarządzającego oraz podmiotu zbiorowego lub przynajmniej przy zachowaniu ostrożności procesowej wezwania wykonawcy A. Sp. z o.o. do złożenia dokumentów bądź wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu (braku podstaw wykluczenia),

4) naruszenie art 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert:

a. T. Ł. S. w zadaniu (części) nr 62, 3

b. B. Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr 2, 30 i 70,

c. A. Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr 14,

jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, iż oferta najkorzystniejsza oraz spełniająca wymogi SIWZ na podstawie kryterium oceny ofert pozostaje oferta Odwołującego.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania oraz zobowiązanie Zamawiającego do:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej:

- a. T. Ł. S. w zadaniu (części) nr 62,
 - b. B. Sp. z o.o. w W. (części) nr 2, 30 i 70,
 - c. A. Sp. z o.o. w W. (części) nr 14,
- 2) dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, wykluczenia:
- a. B. Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr 2, 30 i 70,
 - b. A. Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr 2, 14, 30 i 70, oraz uznaniu ofert za odrzucone spółki,
 - c. T. Ł. S. w zadaniu (części) nr 62,
 - d. B. Sp. z o.o. w W. (części) nr 2, 30 i 70,
 - e. A. Sp. z o.o. w W. (części) nr 2, 30 i 70 oraz 14 zamówienia;
- 3) ewentualnie wezwania wykonawcy:
- a. T. Ł. S. w zadaniu (części) nr 62,
 - b. A. Sp. z o.o. w W. w zadaniu (części) nr 2, 30 i 70 oraz 14 do udzielenia wyjaśnień w sprawie złożonej oferty oraz przedłożenia dokumentów,
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu (części) nr. 2, 30, 62 i 70 zamówienia, spełniającej wszystkie wymagania określone w SIWZ z pominięciem wykonawców wykluczonych oraz ofert odrzuconych.

Odwołujący wnosił również o:

- 1) o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego stosownie do wyniku postępowania odwoławczego,
- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego,
- 3) o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści.

W ramach pierwszego zarzutu Odwołujący zwrócił uwagę, że w myśl przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp zamawiający są zobowiązani odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 4

W ocenie Odwołującego - oferta wykonawcy T. Ł. S. w R. w odniesieniu do zadania (części) nr. 62 powinna zostać odrzucona, gdyż podmiot ten nie złożył stosownych oświadczeń o podwykonawstwie, wymaganych pkt. 13 SIWZ.

Zauważył, że stosownie do pkt. 13 SIWZ w przypadku zamiaru wykonania przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców, wykonawcy byli zobowiązani do „podania, jaka część zamówienia będzie realizowana przez podwykonawców oraz do podania firm podwykonawców. W takim przypadku wykonawcy składając jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ), o którym mowa w pkt. 10.1 SIWZ, zobowiązani są dodatkowo wypełnić w formularzu JEDZ część II sekcję D.”.

Dalej wywodził, że pomimo wyraźnego wymogu SIWZ, wykonawca wyłoniony w zadaniu (części) nr 62 T. Ł. S. nie wykazał, iż będzie się posługiwał podwykonawcą w osobie p. J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „J. C. Z. E.”.

Wyjaśnił, że informację o fakcie posłużenia się w zamówieniu podwykonawcom potwierdził sam wykonawca T. Ł. S. w piśmie z dnia 10 kwietnia 2017 r. w którym wykazywał, iż cena za świadczone usługi w zadaniu nr 62 jest niska ze względu na niskie koszty podwykonawcy, jakim zamierza się posłużyć w realizacji tego zadania.

Odwołujący podniósł, że podstawę żądania oświadczenia o podwykonawstwie stanowi art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie jest objęte hipotezą przepisu art 26 ust 3 ustawy Pzp, nie jest tym samym dopuszczalne wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia.

Wobec powyższego – według Odwołującego – Zamawiający powinien był odrzucić oferty wykonawcy T. Ł. S. na zasadzie art 89 ust. 1 pkt- 2 ustawy Pzp, jako podmiotu, który nie wypełnił obowiązku wynikającego z pkt. 13 SIWZ.

Formułując drugi zarzut odwołania wskazał, że w myśl art 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp zamawiający są zobowiązani odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Odwołującego - oferta wykonawcy B. Sp. z o.o. w W. w odniesieniu do zadania (części) nr. 2, 30 i 70 powinna zostać odrzucona, gdyż podmiot ten nie przedstawił wymaganej „szczegółowej poziomej charakterystyki systemu antenowego podaną, co 5° z dokładnością do 0,1 dB, za pomocą, którego świadczona będzie usługa” wymaganej w pkt. 10.2 i następujących SIWZ. 5

Zaznaczył, że stosownie do pkt. 10.2 SIWZ w wykonawcy zobowiązani byli przedstawić do „szczegółowej pokornej charakterystyki systemu antenowego podaną, co 5° z dokładnością do 0,1 dB, za pomocą, którego świadczona będzie usługa.”.

Zarzucał, że pomimo wyraźnego wymogu SIWZ, wykonawca wyłoniony w zadaniu (części) nr 2 lokalizacja B., B. Sp. z o.o., zamiast parametrów charakterystyki systemu antenowego przedstawił maskę graniczną.

Zdaniem Odwołującego świadczą o tym następujące elementy opisu oferty B. Sp. z o.o.:

a. w pkt 3 Oferty Tabeli nr 1 pt. Pozioma charakterystyka systemu antenowego dla lokalizacji: B. częstotliwości 106,4 MHz dla azymutu 340 stopni B. Sp. z o.o. przedstawił parametr E[dB] 2,0 jednocześnie w tabeli pt. Maskę graniczną dla lokalizacji: B. częstotliwości 106,4 MHz dla azymutu 340 stopni B. Sp. z o.o. przedstawił parametr E[dB] 2.1

b. w pkt. 3 Oferty Tabeli nr 2 pt. Pozioma charakterystyka systemu antenowego dla lokalizacji: B. częstotliwości 91,1 MHz dla azymutu 250 stopni B. Sp. z o.o. przedstawił parametr E[dB] 1,8 jednocześnie w tabeli pt. Maskę graniczną dla lokalizacji: B. częstotliwości 91,1 MHz dla azymutu 250 stopni B. Sp. z o.o. przedstawił parametr E[dB] 2.1.

Według Odwołującego z punktu widzenia dyscypliny fizyki fal radiowych nie jest możliwe, aby wartości maski były większe od wartości charakterystyki anteny.

W związku z tym argumentował, że jedynym wyjaśnieniem takiej rozbieżności jest stwierdzenie, iż B. Sp. z o.o. nie przedstawił szczegółowej poziomej charakterystyki systemu antenowego podanej, co 5° z dokładnością do 0,1 dB, za pomocą, którego świadczona będzie usługa.

W powyższym zakresie oparł się o opinię techniczną.

Nie można również uznać – w ocenie Odwołującego, aby B. Sp z o.o. w zakresie zadań (części) nr 30 oraz 70 spełnił wymogi SIWZ i przedstawił „szczegółowe poziome charakterystyki systemu antenowego podaną, co 5° z dokładnością do 0,1 dB, za pomocą, którego świadczona będzie usługa”, bowiem Odwołujący, poddał prezentowane charakterystyki badaniu przez Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy we W.

Wyjaśnił, że w przeprowadzonych badaniach stwierdzono, że oferta B. Sp z o.o. „zawiera charakterystyki systemów antenowych nierealne do uzyskania dla 6

zaprojektowanych konstrukcji anten, w przypadku W. przy częstotliwości 92 MHz 104,9 MHz 99,1 MHz 92,4 MHz oraz dla K. przy częstotliwości 95,0 MHz.

W powyższym zakresie oparł się o opinię techniczną Instytutu Łączności Państwowy Instytut Badawczy i na piśmie spółki A. Sp. z o.o. dnia 7 kwietnia 2017 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zastrzeżenia dotyczące zaprezentowanej charakterystyki systemu antenowego zaoferowanego przez B. Sp z o.o. dla emisji W. tj. zadania (części) nr 70 podniosła również w toku postępowania spółka A. Sp z o.o.

Odwołujący w pełni podziela ocenę tego wykonawcy, iż wadliwość przedstawionych charakterystyk przez B. Sp z o.o. przełożyła się na uzyskanie większego zasięgu ze stacji nadawczej.

Przedstawione przez B. Sp z o.o. „poziome charakterystyki systemu antenowego” nie są, więc – zdaniem Odwołującego - charakterystykami rzeczywistymi (charakterystykami zgodnie, z którymi będą świadczona usługi).

Przekonywał, że w przypadku zadania (części) nr 2 nie jest możliwe, aby charakterystyka rzeczywista była większa od charakterystyki maksymalnej możliwej do uzyskania.

Natomiast w przypadku zadań (części) 30 i 70 zaprezentowane przez B. Sp z o.o. charakterystyki rzeczywiste – według Odwołującego - nie są możliwe do uzyskania z technicznego punktu widzenia.

Zauważył przy tym, że Zamawiający szczegółowo przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2017 r., w jaki sposób należy rozumieć pojęcia „maska graniczna charakterystyki systemu antenowego” oraz „pozioma charakterystyka systemu antenowego”.

Wskazał, że pierwszemu pojęciu przypisał znaczenie maksymalnych możliwych do osiągnięcia (graniczną) charakterystykę, natomiast drugiemu charakterystykę rzeczywistą tj. taką, z którą świadczone będą usługi.

Zauważył również, że przy uwzględnieniu realistycznych parametrów pracy systemów antenowych zaoferowanych przez B. Sp z o.o. dla emisji z W. bądź K., wykonawca ten nie spełnia wymogu odtworzeniowego SIWZ dla obiektu równoważnego, bowiem zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia pkt. 3 „zaoferowanie świadczenia 7

usług emisji z obiektu równoważnego dopuszczalne jest pod warunkiem, że zasięg powierzchniowy wynikający z maski granicznej przewidywanej dla parametrów technicznych obiektu równoważnego, zawierać będzie, co najmniej 80 % obszaru zasięgu powierzchniowego wynikającego z parametrów technicznych obiektu określonego przez Zamawiającego w Tablicy nr 1”.

W ocenie Odwołującego zaoferowane przez B. Sp z o.o. obiekty nie mogły uzyskać statusu obiektów równoważnych w rozumieniu SIWZ. Swoją ocenę w powyższym zakresie wyprowadził z opinii technicznej.

Odwołujący zarzucił również, że B. Sp z o.o. nie przedłożył Zamawiającemu zaświadczenia o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a jedynie wydruk ze strony internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Wskazał przy tym, że zaświadczenie wydawane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej podpisane jest przez samego Prezesa Urzędu bądź osobę przez niego upoważnioną oraz wydawane w odpowiednim trybie tj. zgodnie z art. 11 lub art. 12 ust. 3 w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne, (tj. Dz. U. z 2014 roku poz. 243 z późn. zm).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wezwał również B. Sp z o.o. do złożenia wyjaśnień (uzupełnienia ww. dokumentów), dlaczego nie przedłożył wymaganego zaświadczenia.

Nadto, Odwołujący zarzucił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia by na wezwanie przedstawili „informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (pkt. 10 lit. C ppkt. 10.4.2).

Zauważył, że Zamawiający wskazał jednocześnie, że brak przedłożenia żądanych dokumentów będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania stosownie do pkt. 9 SIWZ.

Według Odwołującego - wymóg ten wprost nawiązuje do dokumentu wskazanego w § 5 ust 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126). 8

Zdaniem Odwołującego wykonawca A. Sp. z o.o. nie przedłożył w postępowaniu

informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art 24 ust. 1 pkt. 14 oraz 21 ustawy Pzp(przedłożona informacja jest w innym zakresie aniżeli wymagany przez Zamawiającego), bowiem zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp, która weszła w życie od dnia 28 lipca 2016 r., wykonawcy zobowiązani są do wykazania, że żaden z urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurent, nie został prawomocnie skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 165a, art. 1814 88, art. 189a, art. 218- 221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270- 309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. poz. 553 ze zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2016 r. poz. 176), o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, skarbowe, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769).

Wskazał, że Zamawiający nie wezwał również A. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień (uzupełnienia ww. dokumentów), dlaczego przedłożona informacja o niekaralności członka zarządu M. T. nie odpowiada wymaganemu przez Zamawiającego zakresowi bądź, dlaczego wymaganemu zakresowi nie odpowiada informacja dla samego podmiotu zbiorowego tj. A. Sp z o.o.

W zakresie zarzutu trzeciego zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia by na wezwanie przedstawili „informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”, (pkt. 10 lit C ppkt. 10.4.2).

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający wskazał jednocześnie, że brak przedłożenia żądanych dokumentów będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania stosownie do pkt. 9 SIWZ.

Zdaniem Odwołującego wykonawca A. Sp. z o.o. nie przedłożył w postępowaniu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art 24 ust. 1 pkt. 14 oraz 21 ustawy Pzp(przedłożona informacja jest w innym zakresie aniżeli wymagany przez Zamawiającego), bowiem zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp, która weszła w życie od dnia 28 lipca 2016 r., wykonawcy zobowiązani są do wykazania, że żaden z urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego lub 9

prokurent, nie został prawomocnie skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 165a, art. 1814 88, art. 189a, art. 218- 221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270- 309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. poz. 553 ze zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2016 r. poz. 176), o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, skarbowe, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769).

Wskazał, że Zamawiający nie wezwał również A. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień (uzupełnienia ww. dokumentów), dlaczego przedłożona informacja o niekaralności członka zarządu M. T. nie odpowiada wymaganemu przez Zamawiającego zakresowi bądź, dlaczego wymaganemu zakresowi nie odpowiada informacja dla samego podmiotu zbiorowego tj. A. Sp z o.o.

W dniu 1 czerwca 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: B. Sp. z o.o. z siedzibą w W., a w dniu 2 czerwca 2017r. takiego zgłoszenia dokonał wykonawca: A. Sp. z o.o. z siedzibą w W., zaś w dniu 6 czerwca 2017r. po terminie wykonawca: T. Ł. S. z siedzibą w R.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofert Przystępujących: B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. i wykonawcy: A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz wykonawcy: T. Ł. S. z siedzibą w R., odwołania, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert z dnia 18 maja 2017r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 14 czerwca 2017r. wraz z załącznikami, pisma procesowego Przystępującego: B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. z dnia 18 czerwca 2017r. wraz z załącznikami, pisma procesowego Odwołującego z dnia 19 czerwca 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

10

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.22 ust.1 pkt 2, art.24 ust.1 pkt 12, 13, 14, 21, art.24 ust.4, art.25 ust.1, art.26 ust.3 i 4, art.82 ust.3, art.87 ust.1, 89 ust.1 pkt.2, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia ofert Przystępujących oraz wykonawcy: T. Ł. S. z siedzibą w R. z powodu ich niezgodności z treścią SIWZ, a także wykluczenia Przystępujących B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. i A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. z powodu niespełniania warunków udziału w przedmiotowym przetargu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w zadaniu (części) nr. 62 Zamówienia dotyczącej obiektu nadawczego S. uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. Ł. S. w R. (...), stwierdzając, iż w tej części Zamówienia złożono cztery ważne oferty, tj.

- a. B. Sp. z o.o. w W. (...), która to oferta uzyskała 75,75 punktów.
- b. A. Sp. z o.o. w W. (...), która to oferta uzyskała 66 punktów.
- c. Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. Ł. S. w R. (...), która to oferta uzyskała 84,83 punktów.
- d. E. Sp. z o.o. w W. (...), która to oferta uzyskała 83,68 punktów, a oferty oceniono zgodnie z SIWZ.

Dalej Izba stwierdziła, że Zamawiający w zadaniu (części) nr. 2, 30 i 70 Zamówienia dotyczącej obiektów nadawczych B., K. i W. uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez B. Sp. z o.o. w W. (...), zaznaczając, iż w tych częściach części Zamówienia złożono trzy ważne oferty, tj.

- a. B. Sp. z o.o. w W. (...), która to oferta uzyskała odpowiednio
 - i. w zadaniu (części) nr. 2, 95,48 punktów,
 - ii. w zadaniu (części) nr. 30, 86, 98 punktów,
 - iii. w zadaniu (części) nr. 70, 85, 95 punktów
- b. A. Sp. z o.o. w W. (...), która to oferta uzyskała odpowiednio
 - i. w zadaniu (części) nr. 2, 92, 35 punktów,
 - ii. w zadaniu (części) nr. 30, 84, 97 punktów,
 - iii. w zadaniu (części) nr. 70, 83, 58 punktów
- c. E. Sp. z o.o. w W. (...), która to oferta uzyskała odpowiednio
 - i. w zadaniu (części) nr. 2, 85, 42 punktów
 - ii. w zadaniu (części) nr. 30, 79, 60 punktów

iii. w zadaniu (części) nr. 70, 79, 15 punktów, a oferty oceniono zgodnie z SIWZ.

Izba również ustaliła, że Zamawiający w zadaniu (części) nr. 14 Zamówienia dotyczącej obiektu nadawczego G. uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez A. Sp. z o.o. w W. (...).

Zamawiający poinformował, iż w tej części Zamówienia złożono dwie ważne oferty, tj.
a. A. Sp. z o.o. w W. (...), która to oferta uzyskała 97,76 punktów.
b. E. Sp. z o.o. w W. (...), która to oferta uzyskała 81,31 punktów, a oferty
niniejsze oceniono zgodnie z SIWZ

Rozpoznając, zarzut nr 1 odnoszący się do braku deklaracji ze strony wykonawcy T. Ł. S. z siedzibą w R., że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez podwykonawcę, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący dokonał nadinterpretacji informacji dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, która zmierzała jedynie do uwiarygodnienia zaoferowanej ceny, a nie przesądzała o sposobie realizacji tego konkretnego zamówienia przy udziale podwykonawcy.

Izba ustaliła, że wykonawca ten w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny podał, że (...), znaczną część prac wykonuje sam, co dodatkowo obniża koszty wykonania zamówienia, a ponadto nawet gdy korzysta ze zleceniobiorcy koszty takiego zlecenia są niskie, na co wskazuje załączona umowa zlecenia i potwierdzenia dokonania wpłat na konto zleceniobiorcy (...).

Z powyższej informacji można co najwyżej wnioskować, że zdarzają się sytuacje w działalności tego wykonawcy, w których korzysta on z pomocy podwykonawcy, jednak zasadą jest samodzielne świadczenie usługi i takie oświadczenie zostało złożone w formularzu JEDZ.

Z powyższych względów zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Przechodząc do omówienia zarzutu nr 2 skierowanego przeciwko ofercie Przystępującego: B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. Izba uznała, że nie zachodzi sprzeczność treści oświadczenia z oferty z treścią pkt 10.2 SIWZ, bowiem Przystępujący do oferty przedłożył załącznik nr 6 opis stacji nadawczych – parametry techniczne świadczenia usług, które stanowiły wymaganą szczegółową poziomą charakterystykę systemu antenowego. 12

Izba ustaliła w zakresie koniecznym do rozpoznania sprawy, że zgodnie z pkt 12.1. tiret 4 SIWZ poza dokumentami i oświadczeniami, o których mowa w pkt. 10 SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są wraz z ofertą przedłożyć szczegółową poziomą charakterystykę systemu antenowego podaną co 5° z dokładnością do 0,1 dB, za pomocą którego świadczona będzie usługa.

Izba stwierdziła również, że w wyjaśnieniach nr 4 z dnia 17 lutego 2017r. Zamawiający nadmienił jedynie, że wymaga podania tzw. „rzeczywistych charakterystyk”, nie podając jej definicji.

Zdaniem Izby Zamawiający nie opisał dokładnie powyższego pojęcia, a w powyższych wyjaśnieniach poinformował, że w kolumnie „pozioma charakterystyka systemu antenowego” należy podać numer tabeli, w której została przedstawiona pozioma charakterystyka systemu antenowego, z jaką świadczone będą usługi emisji dla częstotliwości objętych zakresem przedmiotowym danego zadania.

Na rozprawie Zamawiający podniósł, że opis, który miał być przedstawiony w ofercie, miał mieć charakter ogólny i tylko miała być wskazana w tabeli charakterystyka systemu rzeczywista, która miała odnosić się do zaproponowanego przez danego wykonawcę rozwiązania technicznego.

Jednocześnie Izba zauważyła, że wszystkie parametry w tym zakresie zostały przez Przystępującego: B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. podane w formie tabelarycznej i zostały załączone szkice techniczne.

Wymaga również wskazania, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ procedury mierzącej do weryfikacji podawanych parametrów w ramach szczegółowej poziomej charakterystyki systemu antenowego.

Wobec powyższego należało przyjąć powyższe oświadczenie woli, jako

zobowiązanie do wykonania usługi w zakresie zadeklarowanych parametrów.

Izba pragnie również zwrócić uwagę, że Odwołujący nie sformułował w swoim odwołaniu zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do braku wskazania rzeczywistej charakterystyki przedmiotu zamówienia oraz nie zarzucił mu przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

13

Z powyższych względów, Izba uznała, że przedstawione przez Odwołującego dowody z opinii technicznych, a także wnioskowany dowód za opinii biegłego za bezprzedmiotowe.

Nadto, według zapatrywania Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący nie przedłożenia zaświadczenia o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych jako, że Zamawiający miał podstawę do skorzystania z przepisu § 10 ust.1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do brzmienia powyższego przepisu w przypadku wskazania przez wykonawcę dostępności oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnymi i bezpłatnych baz danych, zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazane przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty.

Z powyższego wynika, że obok formalnego dokumentowania uprawnień zawodowych w postaci obowiązku dołączenia do oferty zaświadczenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, dopuszczalne jest również oparcie się przez Zamawiającego o bazę danych Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 Izba uznała, że wpisanie we wniosku do Krajowego Rejestru Karnego wadliwej podstawy prawnej zapytania co do konkretnego podmiotu, nie ma wpływu na treść uzyskanej z tego rejestru informacji, jeżeli stwierdzono, że podmioty te nie figurują w kartotece karnej.

Dodatkowo, Izba uznała powyższy zarzut za mało wiarygodny, skoro Odwołujący cofnął go na posiedzeniu w zakresie zadania nr 14 tj. wobec wykonawcy A. Sp. z o. o., a następnie wskutek oświadczenia Zamawiającego, że takie jego działanie pozbawi go interesu w uzyskaniu zamówienia stwierdził, że zarzut ten nadal podtrzymuje.

Mając powyższe na uwadze Izba przyjęła, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisów art.24 ust.1 pkt 12, 13, 14, 21 ustawy Pzp, które stanowią, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; 14

13) wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. poz. 553, z późn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2016 r. poz. 176),

b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny,

c) skarbowe,

d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769);

14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub

nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13;

21) wykonawcę będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2015 r. poz. 1212, 1844 i 1855 oraz z 2016 r. poz. 437 i 544);

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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

Przewodniczący.....