

Sygn. akt: KIO 807/17

Sygn. akt: KIO 815/17

WYROK
z dnia 17 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę: Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 807/17);

B. w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 815/17),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- 1) wykonawcy – W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie (w sprawie o sygn. akt KIO 807/17);

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

1. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od Odwołujących się kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego: Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:

A) zasądza od wykonawcy Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego: Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B) zasądza od wykonawcy W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego: Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od

2

dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

3

Sygn. akt: KIO 807/17, KIO 815/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę, *montaż i uruchomienie czterech radarów MSSR Mode S wraz z wybudowaniem ośrodków radiolokacyjnych*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2016 r. pod numerem 2016/S 187-335301.

Odwołania o sygn. akt: KIO 807/17

Wykonawca Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Odwołującym Qumak”) w dniu 24 kwietnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołania wobec odrzucenia jego oferty z postępowania jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezłożenie dokumentów zawierających schematy blokowe. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniosł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert, wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia: B. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Dekpol S. A., GISS Sp. z o.o., ELDIS Pardubice s.r.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Pruszczu Gdańskim (zwanym dalej również: „Konsorcjum B&W”) oraz odrzucenia oferty Odwołującego Qumak, wezwania Odwołującego Qumak do złożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, zawierających schematy blokowe, ewentualnie wezwanie Odwołującego Qumak do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie schematu blokowego proponowanego rozwiązania, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego Qumak jako oferty najkorzystniejszej, zasądzenie od

4

Zamawiającego na rzecz Odwołującego Qumak kosztów postępowania w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący Qumak uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące

okoliczności:

Odwołujący Qumak zauważył, iż Zamawiający odrzucił jego ofertę w niniejszym postępowaniu a w uzasadnieniu tej decyzji wskazał, że wykonawca nie przedstawił w swojej ofercie wymaganych schematów blokowych. Zamawiający dodał, że brak ten stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ i w konsekwencji oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający powołał się przy tym na rozdział XIV pkt 2.3 ppkt 2.3.1. SIWZ, w którym określił, że w ofercie należy przedstawić schemat blokowy całego toru przesyłowego wiązki oferowanego radaru, z wyszczególnieniem tłumienności poszczególnych elementów składowych (w dB) oraz tłumienie całego toru. Według Odwołującego Qumak analogiczne wymaganie zostało również określone w opisach podkryterium zawartych w ppkt 2.3.2 oraz 2.3.3. Przywołane przez Zamawiającego zapisy SIWZ związane są z kryterium oceny ofert, zgodnie z którym oceniania była cena (60%), okres gwarancji (20%) oraz parametry oferowanego radaru MSSR (20%). Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 2.3. SIWZ, wartość punktowa kryterium nr 3 - „parametry oferowanego radaru MSSR” jest sumą 5 kryteriów. Jednocześnie w rozdziale XIV pkt 6 SIWZ Zamawiający wpisał, że w przypadku nie podania przez Wykonawcę w ofercie ceny oferty lub któregośkolwiek z podkryteriów „Parametry oferowanego radaru MSSR”, W ocenie Odwołującego Qumak należało przeprowadzić analizę tego, czy brakujące schematy blokowe w istocie stanowiły treść oferty, czy też były to jedynie dodatkowe oświadczenia, nie składające się na treść tej oferty. W ocenie Odwołującego Qumak, schematy blokowe nie stanowiły treści oferty i to bez względu na to, czy miejsce na ich zamieszczenia znajdowało się w formularzu ofertowym, czy też odrębnie (jako osobny dokument). W ocenie Odwołującego Qumak nie można bowiem wywodzić, tylko na tej podstawie, że dane oświadczenia winny znaleźć się w formularzu ofertowym, że stanowią one część oferty. Przeciwnie – w ocenie Odwołującego Qumak - część informacji, które mocą zwyczaju, bądź na mocy postanowień SIWZ, wpisywana jest do formularza ofertowego, stanowi jedynie dodatkowe oświadczenia, nie będące częścią oferty. Taka intencja ustawodawcy i rozróżnienie dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania przez oferowany przez wykonawcę produkt/ usługę wymagań Zamawiającego, od treści oferty wynika wprost z ustawy Pzp. W szczególności – w ocenie Odwołującego Qumak - świadczy o tym porównanie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (dotyczącego dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego) i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (który dotyczy treści oferty, a nie ww. dokumentów). Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

5

Niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty. Inaczej jest w kwestii dodatkowych dokumentów i oświadczeń, których złożenie jest wymagane na mocy SIWZ. Ustawodawca przewidział w tym wypadku dwie alternatywne procedury związane z wątpliwościami Zamawiającego co do spełniania przez towary/ usługi wykonawcy wymogów Zamawiającego. Jeżeli dokumenty złożone przez oferenta budzą wątpliwości Zamawiającego, wzywa on do złożenia wyjaśnień co do tych oświadczeń lub dokumentów (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.). Natomiast gdy Zamawiający posiada pewność, że złożone dokumenty zawierają błędy, lub też w sytuacji, gdy oferent zaniechał złożenia wymaganych dokumentów, Zamawiający wzywa go do uzupełnienia tych oświadczeń lub dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Z racji tego, że schemat blokowy – w ocenie Odwołującego Qumak - nie stanowi części oferty, tj. nie konstituuje zobowiązania ofertowego (w rozumieniu art. 66 Kc.), podlega on uzupełnieniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ewentualnie jednak, z ostrożności procesowej, Odwołujący Qumak wskazał, że nawet gdyby uznać, że schematy blokowe stanowią treść oferty, to Zamawiający i tak powinien wezwać go do złożenia wyjaśnień w zakresie proponowanego rozwiązania technicznego. Zdaniem Odwołującego Qumak schemat blokowy nie konstituuował treści zobowiązania Odwołującego, lecz był jedynie elementem pozwalającym zweryfikować prawidłowość przyjętego przez wykonawcę Qumak rozwiązania. O tym, że załączenie schematów blokowych nie stanowiło treści oferty, w ocenie Odwołującego Qumak świadczy także sama treść SIWZ. W rozdziale XIV pkt 6 SIWZ Zamawiający wpisał, że w przypadku nie podania przez Wykonawcę w ofercie ceny oferty lub któregośkolwiek z podkryteriów „Parametry oferowanego radaru MSSR”, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zdaniem Odwołującego Qumak wpisał on w ofercie wszystkie podkryteria wymaganych przez Zamawiającego parametrów, a więc w szczególności

wartość tłumienia toru przesyłowego dla poszczególnych wiązek. Jedyne, czego Odwołujący Qumak zaniechał to załączenia schematów blokowych, nie miały jednak one – zdaniem Odwołującego - znaczenia same w sobie. Odwołujący Qumak podkreślił, że schematy blokowe nie stanowiły treści zobowiązania wykonawcy ani nie wpływały na zakres tego zobowiązania. Elementem zobowiązania było jedynie wskazanie parametrów oferowanego rozwiązania oraz jego ceny. Celem załączenia schematów blokowych była wyłącznie możliwość zweryfikowania przez Zamawiającego, czy oferowane przez wykonawców rozwiązania faktycznie posiadają deklarowane przez nich cechy. Nie miało to jednak żadnego znaczenia dla możliwości oceny ofert, czy przyznania punktów. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należało oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 Kc., rozumianej jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia (tak: KIO w wyroku z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 695/11). Oferta, według Odwołującego

6

Qumak zgodnie z art. 66 § 1 Kc. (stosowanego w niniejszej sprawie na podst. art. 14 ustawy Pzp) stanowi oświadczenie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Do istotnych postanowień umowy należy przedmiot umowy, cena umowy oraz strony umowy. Przedmiot umowy w zakresie tłumienia toru przesyłowego określają parametry tego tłumienia, które zostały wskazane przez Odwołującego w ofercie. Schemat blokowy – w ocenie Odwołującego Qumak nie wpływa w żaden sposób na treść oferty, umożliwia bowiem Zamawiającemu wyłącznie zweryfikowanie, czy wyliczenia parametrów dokonane przez wykonawców są prawidłowe. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości, czy wyliczenia dokonane przez wykonawcę Qumak są prawidłowe, winien był wezwać Odwołującego do złożenia schematów blokowych tych rozwiązań. Zatem schematy te miały wyłącznie pozwolić Zamawiającemu zweryfikować, czy obliczenia parametrów zostały dokonane przez wykonawców w sposób prawidłowy. 4.21. Nieprecyzyjne zapisy SIWZ wykonały przekonanie Odwołującego Qumak, że schematy te stanowią część szczegółowego opisu technicznego radaru MSSR z modemem S oraz pozostałych elementów oferowanego Systemu Radarów (w języku polskim lub angielskim). Skoro zaś stanowią część tego opisu, a więc część oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego, celem potwierdzenia, że oferta odpowiada wymaganiom Zamawiającego (rozdział VII SIWZ), to mogą być one uzupełniane. W ocenie Odwołującego Qumak rozumowanie takie potwierdza także zachowanie Zamawiającego. Zgodnie bowiem z rozdziałem XI pkt 8 SIWZ, dokumenty sporządzone w języku obcym, wykonawca powinien przedłożyć wraz z tłumaczeniem na język polski. Jedynie w odniesieniu do szczegółowego opisu technicznego radaru MSSR (rozdział VII pkt 2.1. SIWZ), Zamawiający dopuścił składanie dokumentów także w języku angielskim. Schematy blokowe w ofercie wykonawcy Konsorcjum B&W zostały wykonane w języku angielskim i przedłożone bez żadnego tłumaczenia. Skoro Zamawiający zaakceptował złożenie tych dokumentów wyłącznie w języku angielskim, oznacza to, że uznał, że stanowią one część szczegółowego opisu technicznego. W innym bowiem wypadku, w oparciu o zasadę równego traktowania wykonawców powinien on odrzucić także ofertę Konsorcjum B&W, jako niezgodną z treścią SIWZ, nie było bowiem możliwe składanie oferty w języku innym niż język polski.

Odwołania o sygn. akt: KIO 815/17

Wykonawca W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Odwołującym S.”) w dniu 24 kwietnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum B&W na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z SIWZ, zaniechania wykluczenia Konsorcjum B&W na podstawie art. 24 ust. 1

7

pkt 16 i 17 ustawy Pzp, z uwagi iż Konsorcjum B&W podało nieprawdziwe dane stanowiące kryterium oceny ofert, zatem w sposób zamierzony wprowadziło Zamawiającego w błąd co do złożonej oferty, co skutkowało – w ocenie Odwołującego S. – zawyżeniem oceny tej oferty o co najmniej 2 punkty, a w konsekwencji błędnym ustaleniem kolejności ofert. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust.

1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Konsorcjum B&W, ewentualnie wykluczenie Konsorcjum B&W z postępowania i uznanie na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferty tego Konsorcjum za odrzuconą, ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz wybranie najkorzystniejszej oferty, bez udziału Konsorcjum B&W, wobec odrzucenia oferty tego Konsorcjum bądź wykluczenia go z postępowania, a także zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł od Zamawiającego na rzecz Odwołującego S..

Odwołujący S. uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Ad 1. Zaniechanie obligatoryjnego odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo faktu, że oferowane dostawy nie spełniają wymagań SIWZ - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Zaoferowane przez Konsorcjum B&W urządzenia - radary MSSR (*monopulse secondary surveillance radars*), czyli monoimpulsowe radary wtórnego dozoru, nie odpowiadają – w ocenie Odwołującego S. - wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ w zakresie prawdopodobieństwa wykrycia SSR, czyli prawdopodobieństwa wykrycia statków powietrznych. W jego ocenie Zamawiający jasno określił (załącznik nr 1 do OPZ - MSSR Mode-S Specyfikacja, paragraf 3.3.1.2 Wykrycie pozycji; wymaganie SSR_3.3.1.2_2), że w miejscu posadowienia radaru, z parametrami użytymi podczas odbioru systemu radarowego, prawdopodobieństwo wykrycia SSR musi wynosić co najmniej 99%. Z dokumentów złożonych przez Konsorcjum B&W, jednoznacznie wynika, że dla zaoferowanego przez Konsorcjum radaru prawdopodobieństwo wykrycia SSR wynosi 98%. Zamawiający mając na uwadze względy bezpieczeństwa lotów statków powietrznych, określił dla przedmiotowego radaru minimalny procentowy wskaźnik prawdopodobieństwa wykrycia statków powietrznych na poziomie wynoszącym co najmniej 99%. Zamawiający określił tym samym maksymalny procentowy wskaźnik błędu przy wykrywaniu (detekcji) statków powietrznych na poziomie maksymalnym 1%. W ocenie Odwołującego S. powyższe oznacza, że na 100 lecących samolotów radar musi wykryć co najmniej 99, a wolno mu „zgubić” najwyżej 1 samolot. Systemy radarowe oferowane przez czołowych światowych producentów, spełniają ten

8

wymóg. Są to jednak urządzenia wyższej klasy. Natomiast w systemie zaoferowanym przez Konsorcjum B&W prawdopodobieństwo wykrycia statków powietrznych wynosi tylko 98%. Oznacza to, że próg błędu wykrycia tych statków wynosi 2%, czyli jest dwukrotnie wyższy niż wymagany w SIWZ. Na 100 przelatujących samolotów radar zaoferowany przez Konsorcjum może „zgubić” aż 2 samoloty. Dwukrotne przekroczenie maksymalnego współczynnika błędu przy detekcji statków powietrznych obniża bezpieczeństwo lotów. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że radary czeskiego producenta ELDIS Pardubice s.r.o. nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ. W takim zaś przypadku zastosowanie znajduje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, według którego Zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę.

Szczególnym naruszeniem przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – w ocenie Odwołującego S. - było także zaniechanie obligatoryjnego odrzucenia oferty Konsorcjum B&W pomimo jego niewywiązania się z obowiązku dostarczenia Zamawiającemu dokumentacji technicznej w formie zgodnej z wymaganiami SIWZ. W piśmie z dnia 27 lutego 2017 roku, Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia karty charakterystyki anteny radaru na okoliczność potwierdzenia, że oferowany przez Konsorcjum radar MSSR spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Odwołującego S. dokumenty przedstawione przez Konsorcjum B&W na powyższe wezwanie nie zawierały jednak karty charakterystyki linii koncentrycznych LMR-400 łączących elektronikę radaru z anteną. W związku z tym brakiem Zamawiający, w piśmie z dnia 31 marca 2017 roku wezwał Konsorcjum do przedstawienia tej karty. Dokumenty załączone do pisma Konsorcjum z dnia 7 kwietnia 2017 roku, w tym wspomniana wyżej karta charakterystyki linii koncentrycznych LMR-400, opatrzone zostały jedynie nieczytelną parafką. Oznacza to, że nie spełniają one wymogów dotyczących formy składanych dokumentów określonych w pkt XI ust. 13-15 SIWZ. Stanowi on bowiem, że wszystkie dokumenty i załączniki, w tym kserokopie, należy opatrzyć podpisami i pieczęciami oraz poświadczyć za

zgodność z oryginałem. Zamawiający uznaje, że „podpisem jest własnoręcznie złożony znak, z którego można odczytać imię i nazwisko podpisującego, a jeżeli ten znak jest nieczytelny lub nie zawiera pełnego imienia i nazwiska, to znak musi być uzupełniony napisem (np. w formie pieczęci), z którego można odczytać imię i nazwisko podpisującego.” Powołanego wyżej kryterium SIWZ nie spełniają załączone przez Konsorcjum kserokopie opatrzone jedynie nieczytelną parafą. Oznacza to, że Konsorcjum nie przedstawiło dokumentu wymaganego przez SIWZ nawet na wezwanie Zamawiającego. Oferta Konsorcjum podlegała zatem obligatoryjnemu odrzuceniu jako niespełniająca warunków SIWZ.

W ocenie Odwołującego S. wymogom SIWZ nie odpowiadają także zaoferowane urządzenia teletransmisyjne, tzn. routery. Zamawiający trafnie zauważył, że oferta Konsorcjum B&W, załącznik 4 "Zestawienie ilościowe sprzętu teletransmisyjnego" zawiera

9

router wyposażony jedynie w licencję SEC i słusznie również podkreślił, że aby oferowany przez Konsorcjum router mógł spełnić wymagania Zamawiającego musi być wyposażony w dodatkowe licencje "DATA" i "SEC+HSEC", których brakuje w ofercie Wykonawcy. Wspomniany załącznik, złożony przez Wykonawcę, jednoznacznie określał nie tylko model dostarczanego routera, ale również licencje, w które router ten jest wyposażony. Konsorcjum B&W w zestawieniu tym, jako jedyne informacje na temat routera, umieściło zapis: "Router CISCO 3925 Security Bundle w/SEC license PAK". W ocenie Odwołującego S. jest to jednoznaczne określenie, że dostarczony router zawiera tylko licencję "SEC" (w/SEC oznacza z angielskiego "with SEC", czyli "z SEC"). Ponadto dokładnie takie oznaczenie routera używane jest przez wszystkich dostawców urządzeń teletransmisyjnych, jako jasne określenie routera z podstawową licencją na prędkość szyfrowania "SEC". Licencje rozszerzające możliwości routera "SEC+HSEC" oraz „DATA” są oznaczane oddzielnymi pozycjami, jako oddzielne elementy zamówienia, których brakuje w ofercie Konsorcjum B&W. Powyższe oznacza, że zaoferowane routery nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ.

Wymaganiom SIWZ nie odpowiada także zaoferowana przez Konsorcjum B&W wciągarka linowa o maksymalnym udźwigu 200 kg, gdyż według SIWZ Zamawiający wymagał dostarczenia wciągarki o minimalnym udźwigu 300 kg. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 31 marca 2017 roku lider Konsorcjum B&W wyjaśnił, że zaoferowana przez Konsorcjum wciągarka ma minimalny udźwig 200 kg, co jest – w ocenie Odwołującego S. - oczywistą nieprawdą, gdyż przeczy temu treść dokumentu ZG025A pkt 4.6, z którego wynika, że 200 kg to maksymalny udźwig tej wciągarki. W dokumencie tym producent powołał tę wielkość dwukrotnie, tzn. w tekście na górze strony nr 35 (numerator) informując: „maximum weight until 200 kg” oraz w tabeli umieszczonej poniżej w wierszu 5 od góry informując: „Rated carrying capacity (kg) - 200”. Nie sposób tych sformułowań zrozumieć opacznie. Zaoferowana wciągarka zatem w ocenie Odwołującego S. nie spełnia wymogów SIWZ.

Ponadto oferta Konsorcjum B&W – w ocenie Odwołującego S. - nie odpowiada SIWZ także z tego względu, że obszerne jej fragmenty sporządzone zostały w języku angielskim, pomimo że Zamawiający dopuścił możliwość składania dokumentów w języku angielskim jedynie w odniesieniu do dokumentacji technicznej radaru składanej na wezwanie Zamawiającego.

Ad 2. Zaniechanie obligatoryjnego wykluczenia Konsorcjum pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ew. pkt 17 ustawy Pzp
W ocenie Odwołującego S. zamieszczone w ofercie Konsorcjum B&W parametry radaru MSSR są nieprawdziwe. Dotyczy to aż czterech z pięciu podkryteriów. Wynika to z

10

dokumentacji technicznej złożonej przez Konsorcjum B&W w dniu 9 marca 2017 roku na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lutego 2017 roku. Dane zawarte w tej dokumentacji – w ocenie Odwołującego S. - są sprzeczne z danymi zadeklarowanymi przez Konsorcjum B&W w ofercie. Szczegółowe różnice zostały przedstawione przez Odwołującego S. w tabeli. Zdaniem Odwołującego S. wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy deklarowaniu w ofercie nieprawdziwych wartości było zamierzonym działaniem Konsorcjum B&W, które powinno skutkować obligatoryjnym wykluczeniem Konsorcjum z postępowania w trybie art.

24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdyż świadomie podane przez Konsorcjum B&W nieprawdziwe dane stanowiły istotne kryterium oceny złożonej oferty, a nie mogły zostać, jak się później okazało, potwierdzone złożeniem wymaganych dokumentów, gdyż Konsorcjum nie posiadało dokumentów potwierdzających zadeklarowane w ofercie dane. Nawet gdyby uznać, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy deklarowaniu w ofercie nieprawdziwych wartości nie było działaniem zamierzonym, lecz skutkiem lekkomyślności lub niedbalstwa, ewentualnie gdyby uznać, że zamierzone wprowadzenie w błąd przy przedstawieniu informacji *stricte* ofertowych nie mieści się w dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, to wydaje się, że Zamawiający i tak powinien wykluczyć Konsorcjum B&W z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

Ad. 3 Błędna ocena oferty - naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego S. Zamawiający dokonał błędnej punktacji ofert. Zignorował fakt, że z dokumentacji złożonej przez Konsorcjum B&W na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lutego 2017 roku, jasno wynikało jego zdaniem, iż dane zawarte w formularzu ofertowym są nieprawdziwe. Powyższe przedstawił Odwołujący S. w sporządzonej przez siebie tabeli, w zakresie kryterium "Parametry oferowanego radaru MSSR" Zamawiający w stosunku do oferty Konsorcjum przyjął nieprawdziwe dane do poszczególnych kryteriów. Powyższe błędy – w ocenie Odwołującego S. - wpłynęły na zawyżenie punktacji przyznanej ofercie Konsorcjum B&W. Dotyczy to w szczególności aż 8 punktów niesłusznie przyznanych tej ofercie w ramach kryterium określającego wartość minimalnego zasięgu radaru. W ocenie Odwołującego S. w różnych dokumentach złożonych przez Konsorcjum B&W minimalny zasięg czeskiego radaru określony został różnie, tzn. w niektórych dokumentach jako przedział od 0,20 do 0,29 NM - co powinno skutkować przyznaniem za to kryterium 6 punktów, natomiast w innych dokumentach jako wielkość 0,50 NM - co powinno skutkować przyznaniem za to kryterium 0 punktów, Odwołujący S. wskazał w prawej kolumnie poniższej tabeli dokumenty, z których wynikały poszczególne minimalne zasięgi tego samego radaru. W jego ocenie żaden dokument techniczny nie potwierdza, że minimalny zasięg tego radaru mieści się w przedziale od 0,10 do 0,19 NM, a właśnie taką niepotwierdzoną wielkość przyjął Zamawiający oceniając ofertę Konsorcjum B&W i przyznając mu nieuprawnione 8 punktów.

11

Co do SIWZ - 2.3.4. Wartość minimalnego zasięgu radaru - 8 pkt Zgodnie z wymaganiami SSR 3.3.1.1 1 minimalna wartość zasięgu radaru nie może być gorsza niż 0.5NM. Z powyższego wynika – w ocenie Odwołującego S. - że w ramach omawianego kryterium oferta Konsorcjum B&W powinna otrzymać 0 punktów. W ocenie Odwołującego S. w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się dość zgodnie, że w przypadku rozbieżności w danych zawartych w różnych dokumentach Zamawiający powinien przyjąć wartość najmniej korzystną dla oferenta. Nawet gdyby błędnie uznać, że dopuszczalne jest złamanie tej zasady, to Zamawiający powinien przyznać Konsorcjum B&W 6 punktów, ale z pewnością nie 8 punktów. Jest to okoliczność niezwykle istotna dla Odwołującego S., bowiem oferta Konsorcjum B&W wygrała z ofertą Odwołującego S. różnicą tylko pół punktu (dokładnie 0,52 punktu), gdyż Konsorcjum B&W uzyskało 99,01 punktów, zaś Odwołujący S. 98,49 punktów. W ocenie Odwołującego S. w całej dokumentacji radaru w jednym miejscu znajduje się informacja, że minimalny zasięg radaru wynosi poniżej 0,2 NM (dokument ZG017A, rozdział 5.2, str. 39, wiersz 2). Nie oznacza to jednak minimalnego zasięgu poniżej 0,19 NM, tak aby można było przyznać za to kryterium aż 8 punktów, zwłaszcza, że powołany dokument jest odnośnie tego kryterium wewnętrznie sprzeczny, gdyż w trzech innych miejscach wskazuje się minimalny zasięg radaru jako przedział od 0,2 do 0,29 NM (za co przysługiwałoby 6 punktów), w innym miejscu wskazuje się przedział od 0,5 NM (za co przysługiwałoby 0 punktów, jeżeli uznać - na korzyść Konsorcjum B&W, że chodzi tu o zasięg wynoszący dokładnie 0,5 NM albo odrzucenie oferty jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ, jeżeli przyjąć, że minimalny zasięg radaru wynosi powyżej 0,5 NM, a tak należałoby prawidłowo odczytać zawartą w dokumentacji producenta wartość „od 0,5 NM”). Odwołujący S. zauważył, że minimalny zasięg radaru w przedziale od 0,5 NM potwierdzony jest także w dokumencie ZG117A, str.73, Test Nr 11.14. W powyższym kontekście według treści SIWZ Zamawiający nie dopuścił możliwości dostawy radaru o minimalnym zasięgu powyżej 0,5 mili morskiej (NM), tzn. radaru „ślepego” na tak znaczną odległość od miejsca jego posadowienia, co w kontekście bezpieczeństwa lotów jest – w ocenie Odwołującego S. oczywiste. Potwierdzenie informacji, że minimalny zasięg oferowanego radaru jest większy

niż 0,5 NM lub co najwyżej równy 0,5 NM znajduje się także na oficjalnej stronie internetowej producenta tego radaru oraz w jego karcie katalogowej dostępnej na tej stronie. Ze znajdujących się tam informacji wynika, że zasięg radaru mieści się w przedziale od 0,5 NM do 256 NM. W świetle powołanej dokumentacji technicznej sporządzonej przez producenta radaru – w ocenie Odwołującego S. - trudno dać wiarę, że Zamawiający uznał, że minimalny zasięg radaru znajduje się w przedziale od 0,10 do 0,19 NM i przyznał za to kryterium aż 8 punktów. Uczynił to na podstawie dwuzdaniowego wyjaśnienia lidera Konsorcjum B&W zawartego w piśmie z dnia 7 kwietnia 2017 roku, w którym oświadczono informacje nieprawdziwie, „iż konkretna wartość minimalnego zasięgu oferowanego radaru to 0,18 NM.

12

Przy czym informacja ta jest zgodna z wartością parametru wskazanego w szczegółowym opisie technicznym radaru MSSR." Zdaniem Odwołującego S. lider świadomie potwierdził nieprawdę w celu nieuczciwego wygrania przetargu. Gdyby Zamawiający ocenił ofertę Konsorcjum B&W z uwzględnieniem prawidłowych danych zawartych w dokumentacji producenta, a nie oparł się: na nieprawdziwych danych zawartych w formularzu ofertowym, a także na niewiarygodnych wyjaśnieniach lidera zawartych w piśmie z dnia 7 kwietnia 2017 roku o rzekomym splocie omyłek pisarskich, edytorskich i tłumaczeniowych zawartych w tych dokumentach, to oferta Odwołującego S. otrzymałaby większą liczbę punktów niż oferta Konsorcjum B&W. Poświadczenie nieprawdy przez lidera Konsorcjum B&W dotyczy nie tylko danych podlegających punktacji. W powyższym piśmie podane zostały także nieprawdziwe dane dotyczące minimalnego udźwigu wyciągarki linowej. Ponadto oferta Konsorcjum B&W nie spełnia podstawowych wymogów Zamawiającego w zakresie formy składanych dokumentów. Odwołujący S. dodał jednocześnie, że stosowne załączniki nie powinny zostać uznane nie tylko z tego z tego względu, że nie zostały czytelnie podpisane, opatrzone pieczęcią i potwierdzone za zgodność z oryginałem, lecz także z tego względu, że nie zostały oznaczone datami lub choćby kolejnymi numerami, a jeden z nich, tzn. karta złącza obrotowego ZG020AD, została załączona w dwóch jednakowo oznaczanych, a w zasadzie nieoznaczonych dokumentach, sprzecznych ze sobą co do merytorycznej treści wpływającej na punktową ocenę oferty. Nie wiadomo – w ocenie Odwołującego S. - który z załączonych dokumentów jest prawdziwy, a który fałszywy.

Ad. 4 Naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców -
naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego S. zaoferowany przez Konsorcjum B&W router Cisco 3925 nie spełniał dwóch wymagań określonych w załączniku nr 3 do Programu Technicznego, tzn. pkt. 1.5.5 oraz pkt 1.5.24. Zamawiający zauważył brak spełnienia tych wymagań SIWZ, lecz zamiast odrzucić ofertę jako nie spełniającą wymagań SIWZ, pismem z dnia 31 marca 2017 roku poinformował Konsorcjum B&W o tych brakach i w zakamuflowany sposób odpowiedział i umożliwił zmianę konfiguracji zaoferowanego routera, tak aby spełniał on wymagania SIWZ. W ocenie Odwołującego S. Zamawiający zasugerował Konsorcjum B&W, aby wbrew złożonym dokumentom oświadczyli, że dostarczą router wyposażony w dodatkowe licencje "DATA" i "SEC+HSEC", których brakowało w ofercie Konsorcjum B&W. W efekcie tej sugestii Konsorcjum B&W podmieniło dokumenty routera, doprowadzając tym samym do zmiany zaoferowanego wcześniej urządzenia.

Mając powyższe na względzie czynność odrzucenia oferty Odwołującego Qumak oraz wyboru oferty Konsorcjum B&W z dnia 13 kwietnia 2017 r. stały się przedmiotem

13

wniesionych odwołań, odwołania wniesionego w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę W. S.a prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający pismami z dnia 12 maja 2017 r. złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, ofertę wykonawców: Qumak S. A z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Dekpol S. A., GISS Sp. z o.o., ELDIS Pardubice s.r.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Pruszczu Gdańskim jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, iż Odwołujący spełniają przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum B&W oraz odrzuceniu oferty Odwołującego Qumak pozbawia go oraz Odwołującego S. możliwości ubiegania się o zamówienie a potwierdzenie się zarzutów odwołań dotyczących oferty Odwołującego Qumak oraz Konsorcjum B&W dałoby wykonawcom możliwość uzyskania zamówienia.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce odpowiednio w dniu 25 kwietnia 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 27 kwietnia 2017 r. zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Wykonawca W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (KIO 807/17),

14

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Dekpol S. A., GISS Sp. z o.o., ELDIS Pardubice s.r.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Pruszczu Gdańskim zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (KIO 807/17, KIO 815/17)

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy W. S. a prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym S.”).

Ponadto na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Dekpol S. A., GISS Sp. z o.o., ELDIS Pardubice s.r.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Pruszczu Gdańskim, z uwagi na niewykazanie umocowania do działania w imieniu wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Dostawa, montaż i uruchomienie czterech radarów MSSR Mode S wraz z wybudowaniem ośrodków radiolokacyjnych.*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- Rozdział VI „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu”

Pkt 3.4 – Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewiduje możliwość, o której mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp, t.j. Zamawiający w niniejszym postępowaniu najpierw dokona

oceny ofert, a następnie zbada czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli ww. Wykonawca uchylił się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający zbada czy nie podlega

15

wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu Wykonawca, który złożył ofertę najwyższej ocenionej spośród pozostałych ofert.

- Rozdział XIV „Opis kryteriów oceny ofert oraz sposób oceny ofert”:

pkt 2.3. - Wartość punktowa kryterium nr 3 – „Parametry oferowanego radaru MSSR” (P) jest sumą następujących podkryteriów:

pkt 2.3.1. - Tłumienie toru przesyłowego dla wiązki Σ -2 pkt

Wartość tłumienia w dB całego toru przesyłowego (który będzie zastosowany w budowanych radarach) liczona od wejścia złącza obrotowego radaru (od strony anteny) do wyjścia z przełącznika kanałów dla wiązki Σ . Należy przyjąć długość linii przesyłowej pomiędzy przełącznikiem kanałów a złączem obrotowym 40 m. W ofercie należy przedstawić schemat blokowy całego toru przesyłowego wiązki Σ oferowanego radaru, z wyszczególnieniem tłumienności poszczególnych elementów składowych (w dB) oraz tłumienie całego toru przesyłowego (t.j. suma tłumienności wszystkich elementów składowych toru - $T_{\Sigma ob.}$ (w dB))

pkt 2.3.2. - Tłumienie toru przesyłowego dla wiązki - 2pkt

Wartość tłumienia w dB całego toru przesyłowego (który będzie zastosowany w budowanych radarach) liczona od wejścia złącza obrotowego radaru (od strony anteny) do wyjścia z przełącznika kanałów dla wiązki Σ . Należy przyjąć długość linii przesyłowej pomiędzy przełącznikiem kanałów a złączem obrotowym 40m.

W ofercie należy przedstawić schemat blokowy całego toru przesyłowego wiązki oferowanego radaru, z wyszczególnieniem tłumienności poszczególnych elementów składowych (w dB) oraz tłumienie całego toru przesyłowego (t.j. suma tłumienności wszystkich elementów składowych toru - $T_{ob.}$ (w dB)).

– 2 pkt pkt 2.3.3. - Tłumienie toru przesyłowego dla wiązki

Wartość tłumienia w dB całego toru przesyłowego (który będzie zastosowany w budowanych radarach) liczona od wejścia złącza obrotowego radaru (od strony anteny) do wyjścia z przełącznika kanałów dla wiązki Σ . Należy przyjąć długość linii przesyłowej pomiędzy przełącznikiem kanałów a złączem obrotowym 40m.

W ofercie należy przedstawić schemat blokowy całego toru przesyłowego wiązki oferowanego radaru, z wyszczególnieniem tłumienności poszczególnych elementów składowych (w dB) oraz tłumienie całego toru przesyłowego (t.j. suma tłumienności wszystkich elementów składowych toru - $T_{ob.}$ (w dB)).

pkt 6 – W przypadku niepodania przez Wykonawcę w ofercie ceny oferty lub któregośkolwiek z podkryteriów „Parametry oferowanego radaru MSSR”, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

- Rozdział XI „Opis sposobu przygotowania ofert”:

16

Pkt 6 – Oferta wraz z załącznikami musi być sformułowana poprawnie, w języku polskim, w sposób czytelny, logiczny, na arkuszach A-4, pisemnie przy użyciu nośnika pisma nie ulegającego usunięciu bez pozostawienia śladów,

Pkt 8 – Dokumenty sporządzone w języku obcym Wykonawca musi złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski (z wyjątkami wyraźnie wskazanymi w niniejszej SIWZ). Podczas oceny ofert Zamawiający będzie się opierał na tekście przetłumaczonym na język polski.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 11, 15, 18-21/

- Specyfikacja funkcjonalno-techniczna – Załącznik nr 1 do Programu Technicznego

3.3.1.2 Wykrycie pozycji

SSR 3.3.1.2_1. Europejski standard dozoru zaleca, aby prawdopodobieństwo wykrycia dla [M] kontroli ruchu lotniczego radaru wtórnego SSR było większe niż 97%, a walidacja kodu

rzędu 98% i 96% dla odpowiednio modu 3/A i C. Powyższe wartości **muszą** być spełnione przez stację Modu S dla całego obszaru pokrycia.

SSR_3.3.1.2_2. W miejscu posadowienia radaru, z parametrami użytymi podczas odbioru **[M]** systemu radarowego, prawdopodobieństwo wykrycia SSR **musi** być co najmniej 99% dla grupy statków powietrznych, które:

- (a) są w radaru Obszarze Pomiarów gdzie Obszar Pomiarów definiuje się jako obszar pomiędzy FL100 do FL500 do 100NM, powyżej FL200 pomiędzy 100NM do 135NM, powyżej FL300 pomiędzy 135NM do 170NM;
- (b) nie są w stożku martwym (kąt elewacji poniżej 40);
- (c) nie są w bliskim sąsiedztwie (odległość bezpośrednia > 2 NM, azymut > 2 * nominalna 3dB szerokość wiązki interogacji).

SSR_3.3.1.2_3. W miejscu posadowienia radaru, z parametrami użytymi podczas odbioru **[M]** systemu radarowego, prawdopodobieństwo wykrycia w Modzie S **musi** być co najmniej 99% dla zestawu statków powietrznych, które:

- (a) są w radaru Obszarze Pomiarów (jak w wymaganiu powyżej);
- (b) nie są w stożku martwym;
- (c) nie są w bliskim sąsiedztwie każdy względem siebie (odległość bezpośrednia > 5.3 NM, azymut > 2 * nominalna 3dB szerokość wiązki interogacji).

SSR_3.3.1.2_4. W miejscu posadowienia radaru, prawdopodobieństwo wykrycia **musi** **[M]** zostać określone dla stacji, która nie pracuje w klastrze oraz bez wykorzystania żadnych zewnętrznych danych od sąsiadujących sensorów.

3.3.1.4 Przetwarzanie fałszywych i wielokrotnych wykryć statków powietrznych

17

SSR_3.3.1.4_1. Stosunek fałszywych raportów o wykryciu jest to ilość fałszywych **[M]** raportów o wykryciu w odniesieniu do ilości raportów o wykryciu. Całkowity stosunek fałszywych raportów o wykryciu **musi** być mniejszy niż 0.1%.

SSR_3.3.1.4_2. Całkowity stosunek wielokrotnych raportów o wykryciu w modach S/SSR, **[M]** mierzony przez ponad godzinę **musi** być mniejszy niż średnio jeden wykryty statek powietrzny na skan.

SSR_3.3.1.4_3. Proces przetwarzania wielokrotnych raportów o wykryciu musi rozróżniać **[M]** fałszywe i rzeczywiste nieunikalnie zaadresowane w Modzie S statki powietrzne. Drugi raport musi być oflagowany w kategorii ASTERIX 1048/030 Warning Error/Conditions bit 16 "Duplicated or Ulegal Modę S Aircraft Address".

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja funkcjonalno-techniczna, str. 24-25 z 90/

- Specyfikacja funkcjonalno-techniczna – Załącznik nr 2 do Programu Technicznego

1.5. Urządzenia sieciowe - Router

1.5.1 Urządzenie musi być wyposażone w minimum 2 interfejsy Gigabit Ethernet 10/100/1000 oraz 2 interfejsy typu GigabitEthernet, przeznaczone do pracy z modułami optycznymi.

1.5.2 Urządzenie musi posiadać min. 6 wolnych slotów na interfejsy sieciowe i moduły usługowe, umożliwiającą instalację co najmniej:

- a. 48 interfejsów Gigabit Ethernet z obsługą połączeń L2/L3,
- b. 4 interfejsów ADSL2/DSL2,
- c. 8 interfejsów PRI,
- d. 24 interfejsów FXS/FXO,
- e. 24 interfejsów BRI (...)

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja funkcjonalno-techniczna, Załącznik nr 2 do Programu Technicznego, str. 17-18/

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyli m. in. następujący wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia: B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Dekpol S. A., GISS Sp. z o.o., ELDIS Pardubice s.r.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Pruszczu Gdańskim – kryterium - cena: 60,00 pkt; kryterium -oferowany okres gwarancji: 20,00 pkt; podkryterium tłumienie toru przesyłowego dla wiązki Σ - 1,67 pkt; podkryterium tłumienie toru przesyłowego dla wiązki - 1,67 pkt; podkryterium

radarowego dla pochylenia anteny 0° mierzonego od pionu (90° 6 pkt, kryterium): parametry oferowanego radaru MSSR: 19,01 pkt, razem: 99,01 pkt;

2. Wykonawca W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W.S. z siedzibą w Warszawie – kryterium - cena: 58,64 pkt; kryterium -oferowany okres gwarancji: 20,00 pkt; podkryterium tłumienie toru przesyłowego dla wiązki Σ - 2,00 pkt; podkryterium tłumienie toru przesyłowego dla wiązki - 2,00 pkt; podkryterium tłumienie toru przesyłowego dla wiązki – 2,00 pkt; podkryterium wartość minimalnego zasięgu radaru – 8 pkt; podkryterium wartość stożka martwego systemu radarowego dla pochylenia anteny 0° mierzonego od pionu (90° 5,85 pkt, kryterium): parametry oferowanego radaru MSSR: 19,85 pkt, razem: 98,49 pkt;

3. Wykonawca Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie – oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 kwietnia 2017 r./.

Pismem z dnia 27 lutego 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum B&W na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego oraz braku podstaw do wykluczenia.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lutego 2017 r./.

W dniu 9 marca 2017 r. wykonawca Konsorcjum B&W dokonał uzupełnienia stosownych dokumentów na wezwanie Zamawiającego.

/dokumentacja postępowania: Uzupełnienie dokumentacji wykonawcy Konsorcjum B&W z dnia 9 marca 2017 r./.

W dniu 31 marca 2017 r. Zamawiający – na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp - wezwał Konsorcjum B&W do złożenia, uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz udzielenia wyjaśnień.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 31 marca 2017 r./.

W dniu 7 kwietnia 2017 r. wykonawca Konsorcjum B&W udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień oraz uzupełnił stosowne dokumenty.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź wykonawcy Konsorcjum B&W z dnia 7 kwietnia 2017 r./.

Zamawiający w dniu 13 kwietnia 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Dekpol S. A., GISS Sp. z o.o., ELDIS Pardubice s.r.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Pruszcze Gdańskim. Zamawiający jednocześnie dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie wskazał na następujące okoliczności. Zamawiający w opisie podkryterium „Tłumienie toru przesyłowego dla wiązki Σ ” w Rozdziale XIV pkt 2.3. ppkt 2.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) określił, że „W ofercie należy przedstawić schemat blokowy całego toru przesyłowego wiązki I oferowanego radaru, z wyszczególnieniem tłumienności poszczególnych elementów składowych (w dB) oraz tłumienie całego toru przesyłowego (tj. suma tłumienności wszystkich elementów składowych toru - $T\Sigma_{\text{dB}}$)”. Analogiczne wymaganie zostało również określone w opisach

” - ppkt 2.3.2., oraz „Tłumienie toru przesyłowego dla wiązki

” - ppkt 2.3.3. Wykonawca w ofercie nie przedstawił wymaganych przesyłowego dla wiązki schematów blokowych. Tym samym jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B., D., Dekpol S. A., GISS Sp. z o.o., ELDIS Pardubice s.r.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Pruszczu Gdańskim oraz odrzucenie oferty wykonawcy Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 13 kwietnia 2017 r. /.

Od niniejszej czynności Zamawiającego w dniu 24 kwietnia 2017 r. następujący wykonawcy wnieśli odwołania:

- Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie;
- W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawców: 1) Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie oraz 2) W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2017 r. /.

Pismami z dnia 12 maja 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, wnosząc o ich oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołania Zamawiającego z dnia 12 maja 2017 r. /.

20

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie o sygn. akt: KIO 807/17

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby - oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania – należało wziąć pod uwagę następujące okoliczności:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego Qumak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi, iż Odwołujący Qumak w ofercie nie przedstawił wymaganych schematów blokowych. Bezsprzeczne jest, że wykonawca nie złożył wymaganych przez Zamawiającego schematów blokowych.

Istota sporu - zainicjowana niniejszym odwołaniem - sprowadza się do ustalenia jaki charakter miały składane przez wykonawcę schematy blokowe — czy był to element treści oferty, czy też dokumenty te mogły być uzupełnione i nie składały się na integralną część oferty.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego Qumak, gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca zobowiązany był do załączenia schematów blokowych całego toru przesyłowego dla poszczególnych wiązek, czego wykonawca nie załączył. W ocenie Izby owe schematy blokowe miały charakter merytoryczny (stanowiły treść oferty) i zgodzić należało się z Zamawiającym, że wymagane schematy blokowe nie można było uznać jako dokumenty przedmiotowe. Na podstawie złożonych schematów blokowych Zamawiający dokonywał weryfikacji prawidłowości dokonywanych wyliczeń – t.j. złożonych oświadczeń.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że dokumenty te zatem nie miały charakteru dokumentów przedmiotowych, uzupełnialnych. Powyższe było podstawą przyznawania wykonawcom punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Zgodzić należało się z Zamawiającym i Przystępującym, że w takiej sytuacji, gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego Qumak i wezwać wykonawcę do uzupełnienia niniejszych schematów blokowych działanie takie mogłoby stanowić manipulację przyznawaną wykonawcom – w

21

ramach postawionego kryterium oceny ofert - punktacją. Słusznie zauważył Zamawiający i Przystępujący, że podstawą dokonywania weryfikacji był złożony schemat blokowy. Schemat

blokowy był podstawowym dokumentem, z którego wynikało oświadczenie wykonawcy, będące podstawą przyznawanej punktacji, a nie odwrotnie, jak chce tego Odwołujący Qumak. Zgodzić należało się z Zamawiającym i Przystępującym, że uzupełnienie tych schematów prowadziłoby nieuprawnionej zmiany treści oferty wykonawcy oraz niedopuszczalnych – pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą negocjacji treści złożonej oferty, wbrew postanowieniom art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do manipulacji wynikami tego postępowania (analogicznie wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn.. akt KIO 1095/16).

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający na podstawie schematów blokowych mógł zweryfikować złożone oferty i podane przez wykonawcę dane. Jak słusznie wskazał Przystępujący wartość tłumienia wynikała ze schematów, zatem pierwszym - i najistotniejszym dla Zamawiającego - był dokument w postaci złożonych schematów blokowych, a nie – jak wskazuje Odwołujący Qumak – złożone oświadczenie. Wobec powyższego – jak słusznie zauważył Zamawiający - nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Qumak, iż schematy blokowe nie miały znaczenia same w sobie. Otóż – jak wskazano powyżej - miały one służyć do weryfikacji danych podanych liczbowo w zakresie tłumienia całego toru przesyłowego. Dane te wzajemnie się uzupełniały i pozwalały Zamawiającemu na stosowną weryfikację.

Zatem brak schematów blokowych uniemożliwił badanie oferty w zakresie tych kryteriów. Wobec powyższego w ocenie Izby Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonał odrzucenia oferty Odwołującego Qumak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 815/17

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza wydając niniejsze orzeczenie wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum B&W na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

22

a) i b) Zaoferowane przez Konsorcjum B&W radary MSSR miały w ocenie Odwołującego S. nie odpowiadać treści SIWZ w zakresie prawdopodobieństwa wykrycia SSR, czyli prawdopodobieństwa wykrycia statków powietrznych. Zarzut ten – w ocenie Izby – podlega oddaleniu. Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej (Załącznik nr 1 do Programu Technicznego) w wymaganiu zawartym w SSR_3.3.1.2_2 podana została wartość 99%, a w ofercie Konsorcjum B&W, załącznik nr 3 MSSR1 Radar System Description, strona 49 paragraf pierwszy, wskazano wartość – przynajmniej 98%. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że Odwołujący S. błędnie odniósł ten parametr do punktu SSR_3.3.1.2_2, gdyż przy prawidłowej interpretacji wymagań i zapisów oferty w zakresie obszaru pokrycia należało go odnieść do wymagania SSR_3.3.1.2_1. Wymaganie SSR_3.3.1.2_1 wskazywało na konieczność zapewnienia co najmniej 97% prawdopodobieństwa wykrycia w całym obszarze pokrycia radaru. W związku z powyższym zaoferowane urządzenie przewyższało o 1% wymaganie stawiane w tym zakresie przez Zamawiającego.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż wymaganie SSR_3.3.1.2_2, na które błędnie powołuje się Odwołujący S. dotyczyło przestrzeni idealnej z punktu widzenia radaru, ograniczonej zasięgowo i wysokościami: „*W miejscu posadowienia radaru, z parametrami użytymi podczas odbioru systemu radarowego, prawdopodobieństwo wykrycia SSR musi być co najmniej 99% dla grupy statków powietrznych, które: (a) są w radaru Obszarze Pomiarów gdzie Obszar Pomiarów definiuje się jako obszar pomiędzy FL100 do FL500 do 100NM, powyżej FL200 pomiędzy 100NM do 135NM, powyżej FL300 pomiędzy 135NM do 170NM; (b) nie są w stożku martwym (kąt elewacji poniżej 40); (c) nie są w bliskim sąsiedztwie (odległość bezpośrednia > 2 NM, azymut > 2 * nominalna 3dB szerokość wiązki*

interrogacji).". Przytoczone wymaganie dotyczyło idealnych stref pomiarowych które będą wykorzystywane podczas odbiorów technicznych na etapie realizacji umowy. Wartość „przynajmniej 98%" wskazana w dokumentacji Konsorcjum B&W, załącznik nr 3 MSSR1 Radar System Description, strona 49, nie obejmowało wskazanych w punkcie SSR_3.3.1.2_2 ograniczeń i dotyczyło znacznie szerszego obszaru wykrycia (radar obejmuje w danym momencie większe pole wykrycia) bez ograniczeń wysokościowych i do końca zasięgu instrumentalnego, co oprócz wskazanego powyżej idealnego obszaru (wymaganie SSR_3.3.1.2_2) obejmowało również obszar o znacznie gorszych warunkach wykrycia. Wartość przynajmniej 98% przy tak zdefiniowanym obszarze wykrycia (tzn. bez ograniczeń wysokościowych i do końca zasięgu instrumentalnego) stanowiło wysoką wartość prawdopodobieństwa wykrycia, zgodną i przewyższającą wymagania Zamawiającego. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że co do interpretacji parametru prawdopodobieństwa wykrycia statków powietrznych zawartej w odwołaniu parametr ten jest wartością

23

statystyczną, co oznacza, że przy poprawnej pracy transpondera na pokładzie samolotu, ten właśnie samolot zostanie wykryty z prawdopodobieństwem 98%-99%, a nie za każdym obrotem anteny radaru ten sam samolot będzie gubiony przez radar.

c) Co do zarzutu dotyczącego zaniechania obligatoryjnego odrzucenia oferty Konsorcjum B&W na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak podpisu w ocenie Izby zarzut ten również podlega oddaleniu. Na uzupełnionych dokumentach widnieje pieczęć i podpis, następne dokumenty, które zostały załączone zostały podpisane, jak na pierwszej stronie, wraz z pieczęcią.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, iż dla zachowania formy pisemnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie, zaś podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jego imienia i nazwiska, niebędący koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem oraz znakiem czytelnym, pozwalającym na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła (analogicznie wyrok KIO z dnia 5 października 2009 r., KIO/UZP 1196/09). Nie ulega również wątpliwości, iż w orzecznictwie przyjmuje się, że parafa jest znakiem ręcznym składającym się z inicjałów; *„Parafę odróżnia od podpisu przede wszystkim funkcja. Parafa stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do płożenia podpisu. Nawet wówczas, gdy parafujący zamiast inicjałów zamieści na dokumencie swój pełny podpis, jego znak zachowa jedynie znaczenie przygotowania dokumentu do złożenia na nim podpisu. O merytorycznym znaczeniu znaku bowiem przesądzi w takim wypadku treść dokumentu”* (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 2009 roku, sygn. akt II CKN 894/00). Wobec powyższego należało zgodzić się z Zamawiającym, iż skoro jednak na gruncie Kodeksu cywilnego podpis nie musi spełniać żadnych szczególnych kryteriów dotyczących jego treści lub wyglądu, a decydujące znaczenie ma to, czy identyfikuje on osobę, od której pochodzi co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym, to brak jest podstaw do uznania, że podpis zawierający inicjały, ale ujęte w określony, powtarzalny i charakterystyczny dla danej osoby znak graficzny stanowi parafę, a nie podpis. W takim przypadku należy wskazać znak traktować jako podpis, w szczególności, że jest w pełni identyfikowalny od jakiej osoby pochodzi. Ponadto jest złożony na dokumencie nie przygotowywanym do złożenia (czyli sygnowanym do złożenia podpisu), ale już złożonym Zamawiającemu oświadczeniem. Wobec tego należy uznać, że przedmiotowy dokument złożony przez Konsorcjum B&W spełnia wszelkie wymogi w zakresie prawidłowości złożenia. Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący S. – zgodnie z przepisami ustawy Pzp - nie może wychodzić poza zarzuty zawarte w odwołaniu, zatem pozostałe zarzuty zgłoszone na rozprawie nie mogły być przedmiotem rozstrzygnięcia. Powyższe niejednokrotnie potwierdzone zostało w

24

orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Wobec powyższego zarzut ten nie można uznać za zasadny, w tak zaistniałym stanie faktycznym.

d) Zarzut dotyczący licencji w ocenie składu orzekającego również podlega oddaleniu. Odwołujący postawił zarzut, iż wymogom SIWZ nie odpowiadają zaoferowane przez

Konsorcjum B&W urządzenia transmisyjne, tzn. routery. Jak zauważył Zamawiający w żadnym z dokumentów SIWZ Zamawiający nie wskazywał na konieczność posiadania oznaczonych w odwołaniu licencji. Zamawiający dochowując należytej staranności by uniknąć ewentualnych wątpliwości, podjął decyzję by uzyskać od wykonawcy stosowne wyjaśnienia. W związku z tym, pismem z dnia 31 marca 2017 roku Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum B&W z prośbą o przedstawienie wyjaśnień dotyczących niniejszej kwestii. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca wyjaśnił, że przedmiotowe routery zawierają licencję DATA, a także SEC+HSEC. Na potwierdzenie Konsorcjum B&W uwzględniło ww. licencje w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie sprzętu teletransmisyjnego (załącznik nr 3 do Pisma Konsorcjum B&W z dnia 7 kwietnia 2017 roku). Wyjaśnienia te okazały się wystarczające – wobec postanowień SIWZ dla wykazania dostarczenia routerów z właściwymi licencjami.

e) Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wciągarki linowej, w tym przypadku również Izba zgodziła się z Zamawiającym. Odwołujący postawił zarzut, iż oferowana przez Konsorcjum B&W wciągarka linowa nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż zamiast wymaganego udźwigu 300 kg wykonawca przedstawił w dokumentacji technicznej wciągarkę o udźwigu 200 kg. Podczas badania oferty Zamawiający zauważył niespójność pomiędzy zadeklarowaną zgodnością z wymaganiem programu technicznego nr 2.12 (*„Dostarczenie i zainstalowanie wciągarki jednofazowej (udźwig 300kg) w wieży młodej napędu anteny”*), potwierdzoną w matrycy zgodności jako „zgodny” oraz zapisami dokument ZG025A m.in. pkt. 4.6. Zachowując należyłą staranność Zamawiający poprosił o wyjaśnienie tej niespójności. W odpowiedzi Konsorcjum B&W poinformowało, iż wartość udźwigu wciągarki przedstawiona w dokumencie 4.6 (200 kg) stanowi jedynie minimalną wartość niezbędną do prawidłowej obsługi radaru (w rozumieniu Zamawiającego waga poszczególnych elementów wciąganych za jej pomocą nie przekracza 200 kg).

Konsorcjum B&W w swojej odpowiedzi jednocześnie potwierdziło dostawę wciągarki o udźwigu równym 300 kg. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że przedstawił w pkt VII SIWZ zestawienie oświadczeń i dokumentów jakich będzie się domagał na potwierdzenie, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Wymagania te zostały zawarte m.in. w dokumencie pn. *„PROGRAM TECHNICZNY. Budowa i*

25

uruchomienie czterech Ośrodków Radiolokacyjnych MSSR Modę S zgodnie z Decyzjami Wojewodów o zezwoleniu na realizację, inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego”. Potwierdzeniem spełnienia wymagań było przedłożenie oświadczenia w postaci Matrycy zgodności zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 10 do SIWZ. Dalej w punktach VII.2 i VII.3 SIWZ wskazano na dodatkowe dokumenty jakie powinien przedłożyć wykonawca, które powinny uzupełniać oświadczenie zawarte w Matrycy zgodności. Jednakże dokumenty te dotyczą, w punkcie 2 — radaru MSSR, a w punkcie 3 - urządzeń teletransmisyjnych. W zakres tych urządzeń nie wchodzi wciągarka linowa, która jako nie stanowiąca części radaru lub urządzeń teletransmisyjnych nie wchodzi w zakres urządzeń wymagających złożenia dodatkowych dokumentów poza Matrycą zgodności. W konsekwencji powyższego Zamawiający uznał, iż Konsorcjum B&W spełniło wymaganie warunku zawartego w SIWZ. Po pierwsze, potwierdzono spełnienie wymagania w matrycy zgodności. Po drugie, wątpliwości zostały wyjaśnione przez wykonawcę w złożonym w dniu 7 kwietnia 2017 roku piśmie, w którym potwierdzono, że planowana do dostawy wciągarka linowa będzie posiadała udźwig 300 kg, mimo niespójności zawartej w dokumencie którego nie wymagano w postępowaniu. Z uwagi, iż Konsorcjum B&W przedłożyło Zamawiającemu wiele dokumentów, które nie były konieczne w świetle postanowień SIWZ, dlatego też w piśmie z dnia 31 marca 2017 roku Zamawiający wielokrotnie dopytywał o wyjaśnienie celu złożenia określonego dokumentu. Jednym z tych dokumentów, który nie był konieczny w świetle postanowień SIWZ był właśnie opis wciągarki linowej. Wobec powyższego zarzut ten również należało oddalić.

f) Co do zarzutu niewłaściwego użycia języka angielskiego w ocenie Izby zarzut ten nie został doprecyzowany przez Odwołującego S., gdyż – jak słusznie zauważył Zamawiający – nie jest wiadomym, które fragmenty miałyby być w sposób nieuprawniony przedstawione w języku angielskim. Niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów

okręgowych wskazywano, iż zarzut stanowi okoliczności prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Na zarzut składają się również okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie konkretnego przepisu ustawy Pzp (bądź jego części). Koniecznym zatem jest przy stawianiu zarzutów powołanie się na okoliczności prawne, ale również istotne i rozstrzygające znaczenie mają okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego. Ponadto – co również niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie KIO i sądów okręgowych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem Krajowa Izba Odwoławcza związana jest wyłącznie zarzutami odwołania, nie mogąc wychodzić poza jego zakres. Izba nie może również domniemywać przedmiotu i zakresu zaskarżenia, który to zakres powinien być w sposób precyzyjny określony przez stronę wnoszącą środek ochrony prawnej w postaci odwołania (i tak np. postanowienie KIO z 26

dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1054/16). Mając powyższe na uwadze, skoro okoliczności faktyczne - stanowiące integralną część zarzutu – nie zostały przez Odwołującego S. doprecyzowane w odwołaniu – i nie mogły w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp być doprecyzowane na rozprawie – Izba uznała, że zarzut ten podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum B&W pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w ocenie Izby również zarzut ten należało uznać za niezasadny. Przede wszystkim w przedmiocie niespójności w pozycjach „*Kotary joint 3-channel-E beam*”, Zamawiający na etapie oceny oferty Konsorcjum B&W zauważył jedynie nieścisłość parametru tłumienia złącza obrotowego (Rotary joint) pomiędzy ofertą (0.8dB - jak wynika z tabel (pozycja „1”) umieszczonych na stronach 7, 8, 9 oferty), a przekazaną kartą charakterystyki (Insertion Loss. max 1.0 dB załącznik 3e — karta charakterystyki złącza obrotowego strona nr 2). Zamawiający zauważył, iż taki zapis nie wykluczał, że wartość podana w ofercie jest poprawna, gdyż 0.8 dB jest mniejsze od 1 dB (należy zwrócić uwagę, iż w opisie producenta użyto słowa „max”, czyli wartość maksymalna). Niemniej jednak zachowując należyta staranność celem wyjaśnienia tej nieścisłości Zamawiający poprosił o uzupełnienie karty charakterystyki złącza obrotowego. W odpowiedzi Konsorcjum B&W potwierdziło wartość 0.8dB jako wynik pomiarów jednocześnie wyjaśniając, iż wartość maximum 1 dB jest wynikiem jedynie założeń/wyliczeń projektowych, a po wytworzeniu elementu pomierzona wartość wynosi 0.8 dB, co zostało uzupełnione w załączniku nr 2 (rotary joint). Natomiast w kwestii wskazanej jako niespójność w pozycjach „*Coax switch*” Zamawiający wyjaśnił, iż wymagał określenia tłumienia torów odbiorczych wyłącznie do przełącznika kanałów, a moduł EPS switching unit oprócz „*przełącznika kanałów - coaxial switch/RF Switch*” obejmuje dalsze elementy toru RF mające swoje tłumienie, co jasno wynika ze schematu przedstawionego w pkt. 10.1.1.1 dokumentu ZG017A (coaxial swich = RF switch). Wskazana przez Konsorcjum B&W wartość 0.2 dB jest wartością jak najbardziej realną (nie zaniżoną) dla tego typu elementu toru falowodowego, nawet większą od wartości podanej w swojej ofercie dla tego typu elementu przez Odwołującego S., wynoszącej 0.05 dB. W kwestii wskazanej jako niespójność w pozycji „*Wartość minimalnego zasięgu radaru*” Zamawiający zauważył, że wartość 0.5 NM (NM - mila morska) jest wartością pochodzącą z wymagań europejskich („European Mode S Station Specification” paragraf 4.2.2 Radar Coverage) stosowaną od wielu lat w określaniu wymagań dla tego typu urządzeń. W związku ze znacznym rozwojem technicznym (systemów przetwarzania danych — komputerów) parametr ten jest obniżany przez producentów radarów, stąd też Zamawiający użył tego parametru jako kryterium w przedmiotowym przetargu. Odwołujący S. słusznie wskazał, że w

27

niektórych miejscach dokumentacji Konsorcjum B&W znajdują się różne wartości minimalnego zasięgu od wartości „mniej niż 0.2 NM” (less than 0.2 NM) do 0.5 NM (standard europejski), co jak wskazano powyżej jest europejską wartością standardową. Zamawiający w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej, w swoim wymaganiu SSR_3.3.1.1__1 domagał się minimalnego zasięgu wynoszącego co najwyżej 0.5NM. W Matrycy zgodności Konsorcjum B&W potwierdziło to wymaganie, wskazując jednocześnie odpowiednie miejsce w dokumentacji technicznej załącznik 3 MSSR 1 „*Radar System Description*” dokument

ZG017A sekcja 5.2 „Main Parameters”. W pierwszym podrozdziale tej sekcji określono wartość minimalnego zasięgu na „mniej niż 0.2 NA4”. Powyższy zapis nie wykluczał, iż wartość 0.10-0.19 NM podana w ofercie jest poprawna, gdyż jest mniejsza od wartości 0.2 NM. Zamawiający zachowując należyłą staranność celem wyjaśnienia wszystkich okoliczności poprosił o podanie konkretnej wartości minimalnego zasięgu. W odpowiedzi w piśmie z dnia 7 kwietnia 2017 roku Konsorcjum B&W poinformowało, iż dokładna wartość tego parametru to 0.18 NM, co jest zgodne z informacją odnośnie tego parametru zawartą w ofercie. Odwołujący S. w swym odwołaniu odniósł się do różnych fragmentów oferty Konsorcjum B&W w których występuje wartość inna niż 0,18 NM, jednak wskazane fragmenty nie dotyczą bezpośrednio minimalnego zasięgu, który był kryterium a innych parametrów. Jedyne bezpośrednie potwierdzenie parametru minimalnego zasięgu radaru znajdowało się w dokumencie ZG017A rozdział 5.2.1 strona 39 drugi wiersz tabeli „Minimum detection range of less than 0.2 NM” („Minimalny zasięg mniejszy od 0.2 NM”). Złożone wyjaśnienia wskazują, iż nie można zarzucić Konsorcjum B&W zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, tudzież lekkomyślności lub niedbalstwa, w wyniku których Zamawiający zostałby wprowadzony w błąd przy prezentowaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodzić należało się, że nie mamy bowiem w tym przypadku do czynienia z jakimkolwiek wprowadzeniem w błąd. Przekazane informacje nie można było – w świetle przedstawionego materiału dowodowego – uznać za nieprawdziwe. Ponadto po uzyskaniu wyjaśnień, które uszczegółowiły wcześniej podane dane, Zamawiający uzyskiwał potwierdzenie spełnienia warunków postawionych w SIWZ. Żadna z nowo uzyskanych informacji nie stała w sprzeczności z odpowiednią informacją wskazaną w ofercie. Jednocześnie zaistniałe niejasności dawały podstawę do skorzystania z przysługujących przepisów w celu uzyskania wyjaśnień. Ostatecznie uzyskane dane nie odbiegały od rzeczywistości, a zatem nie można było stwierdzić, iż Zamawiający został wprowadzony w błąd. Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp nie potwierdził się w przedstawionym Izbie stanie faktycznym.

Dodatkowo – wobec postawionych przez Odwołującego S. zarzutów należy w sposób ogólny odnieść się do przedstawionej argumentacji i uzasadnienia. Należy pamiętać, że nie

28

można – tak jak to czyni Odwołujący S. – w sposób wybiórczy czytać treść złożonej oferty. W ocenie Izby Odwołujący S. w sposób kazuistyczny dokonał analizy oferty wykonawcy B&W – dokonując tłumaczenia niektórych z dokumentów na język polski – wywodząc z tego daleko idące skutki w postaci konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Należy pamiętać, że na treść złożonej oferty składa się całokształt oświadczeń i dokumentów, nie można również pomijać złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. należy odczytywać z całokształtu, biorąc pod uwagę również złożone w tej materii wyjaśnienia. Wobec powyższego wnioski, które wyciąga dla siebie Odwołujący S. są zbyt daleko idące, a w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, czy też lekkomyślności lub niedbalstwa, zatem nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się jeszcze do zarzutu Odwołującego S. – błędnej oceny ofert, t.j. naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, w tym przypadku Izba również zgodziła się z Zamawiającym. Analogicznie jak co do poprzednich zarzutów, Izba uznała że zarzut naruszenia art. 91 ustawy Pzp nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. W konsekwencji w ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wobec istniejących wątpliwości mógł wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienia, czy też uzupełnienie dokumentów, co też w tym stanie rzeczy uczynił.

Wobec powyższego, mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, oba odwołania podlegają oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołania. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego

wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Odwołujących na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 7.200 zł.

Przewodniczący:

29

.....
.....
.....

30