

WYROK

Warszawa, dnia 15.03.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2024 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology sp. z o. o. z siedzibą w Modlniczce (lider) oraz MAXTO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. K. A. z siedzibą w Modlniczce

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie

przy udziale:

1. uczestnika po stronie Odwołującego: wykonawcy NTS Polska S. A. z siedzibą w Raszynie

2. uczestnika po stronie Zamawiającego: wykonawcy P.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.P. w Legionowie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 6, 8 oraz 9 odwołania i nakazuje Zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2 odrzucenie oferty wykonawcy P.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.P. w Legionowie,

1.3 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża w 2/3 Zamawiającego – Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie i w 1/3 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology sp. z o. o. z siedzibą w Modlniczce (lider) oraz MAXTO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. K. A. z siedzibą w Modlniczce i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology sp. z o. o. z siedzibą w Modlniczce (lider) oraz MAXTO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. K. A. z siedzibą w Modlniczce tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego – Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology sp. z o. o. z siedzibą w Modlniczce (lider) oraz MAXTO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. K. A. z siedzibą w Modlniczce;

3.2. zasądza od Zamawiającego – Centralnego Ośrodka Sportu w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology sp. z o. o. z siedzibą w Modlniczce (lider) oraz MAXTO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. K. A. z siedzibą w Modlniczce kwotę 7 867 zł (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology sp. z o. o. z siedzibą w Modlniczce (lider) oraz MAXTO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. K. A. z siedzibą w Modlniczce.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 656/24

Uzasadnienie

Centralny Ośrodek Sportu z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej w obiekcie Torwar I w Centralnym Ośrodku Sportu w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a”, numer postępowania: NZ/P/26/2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00489864 w dniu 13 listopada 2023 r.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 27 lutego 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MAXTO Technology sp. z o.o. z siedzibą w Modlnicze (lider) oraz MAXTO sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Modlnicze (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie w przedmiotowym postępowaniu zarzucając Zamawiającemu w ww. postępowaniu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.P. w Legionowie (dalej „Kamsys” lub „wykonawca Kamsys”) pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kamsys pomimo, że Wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń;

3) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wezwanie Kamsys dwukrotnie w tym samym zakresie do uzupełnienia dokumentów oraz wezwanie Kamsys do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego z tego powodu, że uprzednio złożony dokument zawierał błędy;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kamsys pomimo, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania;

5) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kamsys pomimo, że oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

6) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Kamsys do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku z rozdz. VIII podrozdz. I ust. 1 pkt 2) lit. d) SWZ (str. 15), pomimo, że dokumenty podmiotowe złożone przez tego Wykonawcę są niekompletne, zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

7) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Kamsys do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu;

8) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Kamsys pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza;

9) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieprzejrzysty.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Kamsys.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną niepodlegającą odrzuceniu ofertę oraz zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zgodnie z treścią odpowiedzi na pytania nr 7 i 8 z dn. 28.11.2023 r. żądał przedłożenia wraz z ofertą kart katalogowych oferowanego asortymentu. Odwołujący wskazał, że Kamsys nie złożył wraz z ofertą żadnych kart katalogowych, wbrew wymaganiu Zamawiającego. Zamawiający pismem z dn. 21.12.2023 r. wezwał Kamsys do złożenia wszystkich kart katalogowych dobranych urządzeń do ww. zadania wycenionych w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu i Kamsys w odpowiedzi na to wezwanie przedłożył karty katalogowe w wyniku czego dopiero na tym etapie doszło do konkretyzacji treści oferty. Tak skonkretyzowana treść oferty wskazuje w ocenie Odwołującego, że jest ona niezgodna z wymaganiami Zamawiającego i podlega odrzuceniu.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że oferta Kamsys została złożona w sposób uniemożliwiający identyfikację zaoferowanego asortymentu. Brak jednoznacznego oznaczenia zaoferowanych produktów w sposób umożliwiających identyfikację, stanowi w zdaniem Odwołującego niezgodność z SWZ i jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty. Oferta taka jest bowiem niedookreślona, zaś niesprecyzowanie przedmiotu oferowanego świadczenia przesądza o wadliwości oferty i stanowi zasadniczą podstawę do jej odrzucenia, jako niezgodnej z treścią SWZ. Z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści po upływie terminu na jej złożenie w ramach uzupełnienia kart katalogowych (wszystkich). Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania po zapoznaniu się z innymi ofertami, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO

1613/17). Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1330/14: *Należy przy tym stwierdzić że nawet jeśli wszystkie produkty danego rodzaju i danego producenta, odpowiadające opisowi przedstawionemu w ofercie, spełniają wymagania minimalne określone w SIWZ, to i tak ofertę należy uznać za niedookreśloną i nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający bowiem ma prawo na podstawie treści oferty poznać informacje, jaki konkretny produkt otrzyma w wykonaniu umowy*".

W ocenie Odwołującego Zamawiający wymagał przedłożenia kart katalogowych wraz z ofertą, więc miały one charakter nie tylko dokumentu przedmiotowego, ale także konkretyzowały treść oferty. Kamsys naruszył to wymaganie, gdyż Zamawiający oczekiwał aby z kart katalogowych jednoznacznie wynikało jaki model / wersję Wykonawca oferuje, zatem konkretyzacja przedmiotu oferty była istotna. Zdaniem Odwołującego, jeśli z jakiegoś powodu wykonawca Kamsys nie chciał czy nie mógł złożyć samych kart katalogowych wraz z ofertą, to mógł załączyć zestawienie w formie tabeli, którą przedstawił dopiero w ramach uzupełnienia dokumentów (kopiując tabelę Odwołującego).

Odwołujący podkreślił, że nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymagany przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ, gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO 9/17). W niniejszym Postępowaniu nie sposób ustalić, nawet w sposób pośredni, co zaoferował Kamsys, ponieważ nie załączył do oferty żadnych dodatkowych dokumentów, na podstawie których możliwe byłoby takie ustalenie.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że przedłożony przez Kamsys w odpowiedzi na wezwanie z dn. 21.12.2023r. zestaw kart katalogowych jest nieprawidłowy, ponieważ:

1) karta katalogowa kabla światłowodowego o numerze katalogowym: FOK-U12J-SM-B (plik o nazwie: Kabel światło Karta techniczna FOK-U12J-SM-0(Autenti_Classic_2024-01-04_23-37-16)), wskazuje, że okablowanie nie spełnia wymogów wskazanych przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym, ponieważ:

a) nie posiada otuliny z włókien aramidowych, lecz z włókien szklanych, co wynika wprost z treści karty katalogowej. Jest to niezgodne z wymaganiem z Projektu Wykonawczego pkt 8.2.4 Okablowanie pionowe światłowodowe (str. 14): „Elementy wytrzymałościowe otulina z włókien aramidowych” (plik PW TORWAR I TT”)

b) w zakresie klasyfikacji ogniowej potwierdzono jedynie klasę B2ca, co wynika wprost z treści karty katalogowej (i nie przedłożono innych dokumentów potwierdzających wymaganą klasyfikację ogniową). Jest to niezgodne z wymaganiem z Projektu Wykonawczego pkt 8.2.4 Okablowanie pionowe światłowodowe (str. 11): „Połączenia światłowodowe pionowe należy zrealizować w oparciu o kabel światłowodowy uniwersalny OS2 min. 12J 9/125µm (...) klasyfikacja ogniowa (Euroklasa): B2ca s1a,d0,a1.” (plik PW TORWAR I TT”);

2) nie przedłożono żadnych kart katalogowych czy też innych, dopuszczonych przez Zamawiającego, dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania wymagań dotyczących systemu zarządzania nadzorem wideo (z uzupełnionych dokumentów wynika, że Kamsys zaoferował system Aviglion):

a) oprogramowanie musi posiadać dedykowaną aplikację do automatycznej (odroczonej) archiwizacji (backup'u) danych wideo z wybranych kamer. Musi istnieć możliwość wyboru przedziału czasowego (z dokładnością do 1 sekundy) archiwizowanego materiału, czasu uruchomienia automatycznej archiwizacji (z dokładnością do 1 sekundy) – pkt 10.3 Wymagania dotyczące systemu zarządzania nadzorem wideo Projektu Wykonawczego, str. 32 (plik PW TORWAR I TT”),

b) oprogramowanie musi posiadać dedykowaną aplikację do kasowania automatycznie zatwierdzonych (auto-acknowledged) alarmów. Po skasowaniu alarmów tego typu nadal musi istnieć możliwość ich późniejszego wyszukania i odtworzenia w systemie – pkt 10.3 Wymagania dotyczące systemu zarządzania nadzorem wideo Projektu Wykonawczego, str. 32 (plik PW TORWAR I TT”).

W świetle faktu, że Kamsys złożył dokumenty przedmiotowe – karty katalogowe dopiero w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów, to ponowne wezwanie do ich złożenia, ze względów na uchybienia wskazane powyżej, jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie zasady jednokrotności wezwania w tym samym zakresie (pomijając brak konkretyzacji oferty na etapie jej składania). Wskazane powyżej uchybienia wskazują na konieczność odrzucenia oferty Kamsys, zważywszy w szczególności na fakt, że karty katalogowe zawierają wyraźną informację o parametrach

sprzecznych z wymaganiami Zamawiającego, co bezpośrednio świadczy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Oferta Kamsys powinna zostać zatem w ocenie Odwołującego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Co więcej, w zakresie wskazanych powyżej parametrów, które nie są sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego, lecz po prostu nie zostały opisane w przedłożonych kartach katalogowych (klasyfikacja ogniowa kabla światłowodowego, wymagania w zakresie oprogramowania – dedykowana aplikacja), Kamsys miał obowiązek przedłożenia oświadczeń producenta lub dystrybutora, co wynika z odpowiedzi na pytanie nr 9 z dnia 06.12.2023 r., a czego Kamsys zaniechał:

Pytanie 9

W projekcie znajdują się szczegółowe wymagania dla poszczególnych urządzeń. Ponieważ karty katalogowe produktów są standaryzowane i mają charakter ogólny (nie są przygotowywane pod wymagania konkretnego postępowania), nie wszystkie parametry opisane w dokumentacji projektowej, znajdują potwierdzenie w ich treści. Czy Zamawiający wymaga, aby oferent potwierdził spełnianie wszystkie parametrów urządzeń opisane w dokumentacji? Jeżeli tak, to czy brakujące w kartach katalogowych informacje, mogą zostać potwierdzone Zamawiającemu w formie oświadczenia producenta lub dystrybutora tych urządzeń? Prosimy o potwierdzenie, że takie oświadczenie należy złożyć wraz z ofertą.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający dopuszcza złożenie oświadczeń producentów lub dystrybutorów w celu wykazania spełnienia wymogów, które nie są wymienione w kartach katalogowych. Nie dopuszcza się oświadczeń złożonych przez Oferenta.

Zatem oferta Kamsys powinna zostać odrzucona, skoro uzupełnione dokumenty przedmiotowe wprost wskazywały na niezgodności z warunkami zamówienia i nie zawierały potwierdzenia wszystkich wymagań. Tymczasem Zamawiający pismem z dn. 10.01.2024r. wezwał Kamsys do złożenia wyjaśnień i po raz kolejny do przedłożenia dokumentów w tym samym zakresie. Zamawiający zatem postanowił wzywać Kamsys do złożenia dokumentów do skutku – aż będą potwierdzać spełnianie wymagań. Przedmiotowe wezwanie z 10.01.2024r. jest jednak bezpodstawne i sprzeczne z ustawą Pzp z następujących powodów:

1) Zamawiający dokonał go z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania. Kamsys nie złożył kart katalogowych lub oświadczeń producenta/dystrybutora wraz z ofertą w związku z czym pozbawił się możliwości ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego poczynione w oparciu o analizę ich treści. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w art. 107 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że w przypadku żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca ma obowiązek złożyć je wraz z ofertą („wykonawca składa je wraz z ofertą”). Tym samym nie jest tak, że wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe dopiero na wezwanie Zamawiającego. Zatem dyspozycja art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, w której ustawodawca dopuścił możliwość wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub do ich uzupełnienia dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub gdy złożone z ofertą przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne (tak w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.08.2022, KIO/KD 24/22). Konieczność złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą potwierdził także sam Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 7 z dnia 28.11.2023 r.. Tym samym pierwsze wezwanie z dn. 21.12.2023 r. do przedłożenia dokumentów przedmiotowych powinno być również ostatnim;

2) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że „Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia”. Przepis ten nie daje możliwości poprawienia/uzupełnienia dokumentów, które zawierają błędy – jak w przypadku dokumentów podmiotowych (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp). Karty katalogowe złożone przez Kamsys w odpowiedzi na wezwanie z dn. 21.12.2023r. zawierały błędy, bo wskazywały na inne parametry, niezgodne z wymaganiami Zamawiającego oraz nie potwierdzały parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Podobnie jak w przypadku wezwania z art. 128 ustawy Pzp, również tutaj obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania. Zaznaczyć przy tym należy, że przepis art. 107 ust.2 ustawy Pzp nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe wprost potwierdzają, że oferta jest niezgodna z treścią dokumentów zamówienia jak i nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy jego treść wprost nie potwierdza zgodności przedmiotu oferty z treścią SWZ. Tego rodzaju sytuacje nie są bowiem objęte dyspozycją omawianej regulacji. Zatem regulacja z art. 107 ustawy Pzp jest bardziej restrykcyjna niż dyspozycja art. 128 ustawy Pzp (tak w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.08.2022, KIO/KD 24/22),

3) Zamawiający pozostaje w błędzie wskazując w treści wezwania: a) *Wykonawca dołączył do oferty kartę katalogową Kabla światłowodowego FOK-U12J-SM-0(Autenti Classic_2024-01-04_...pdf),[...]; b) System Avigilon W toku badania ofert Zamawiający, ustalił, iż zaoferowany przez Państwa w ofercie system nie posiada: [...].* Przedmiotowe dokumenty – karty katalogowe nie były załączone do oferty jak wymagano, lecz zostały złożone dopiero w odpowiedzi na wezwanie do ich złożenia. Tym samym ponowne wezwanie z 10.01.2024r. jest drugim wezwaniem i jako sprzeczne z ustawą Pzp nie powinno mieć miejsca.

Zgodnie z wyrokiem Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 marca 2014 r., sygn. akt KIO 441/14 – na który sam Zamawiający się powołuje w uzasadnieniu odrzucenia ofert w Postępowaniu: (...) *Zamawiający nie ma obowiązku*

dopytywania się wykonawcy, dlaczego złożył ofertę, która nie odpowiada postanowieniom zawartym w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Obarczenie go obowiązkiem dociekania, dlaczego tak się nie stało, byłoby zbyt daleko idącą interpretacją dyspozycji art. 87 ust. 1 P.z.p. (ustawa z dnia 29.01.2024 r.) Co zaś istotne, ewentualne wyjaśnienia i tak nie mogłyby prowadzić do zmiany treści oferty i ostatecznie i tak należałoby ją odrzucić (...). Zdaniem Odwołującego Zamawiający, zamiast prowadzić de facto negocjacje z Kamsys już na tym etapie powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Tak właśnie, prawidłowo, zachował się w analogicznych przypadkach w stosunku do innych wykonawców:

-w informacji i odrzuceniu oferty wykonawcy NTS Polska S. A. z siedzibą w Raszynie

(dalej „NTS Polska”) Zamawiający wskazał:

1) 2.1.2. SD Cards SDXC/SDHC 300S

Wraz z wyjaśnieniami Oferent zmienił oferowane urządzenie. W karcie katalogowej załączonej do oferty znajdują się zapisy, że jest to seria **300S**, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści złożonej oferty, Wykonawca przedstawił kartę katalogową innego produktu niż pierwotnie zaoferował (serię **460T**).

Uzupełniona karta katalogowa **SDXC Card SDC460T** zawiera informacje tylko odnośnie wodoodporności na poziomie IPX7 oraz odporności na wyładowania elektrostatyczne.

Nie wykazuje jednak wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności na odporność antymagnetyczną i antyrentgenowską.

W związku z powyższym Zamawiający postanawia jak na wstępie i odrzuca ofertę Wykonawcy **NTS Polska Spółka Akcyjna**, ul. Polna 7A, 05-090 Raszyn.

2) 2.3.1. Światłowód – 8057 1 012-B2 (4).pdf

Wykonawca dołączył do oferty kartę katalogową ww. produktu, z której wynika, iż zaoferowany produkt nie spełnia wymogów wskazanych przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym w poniższym zakresie: **Parametr z Projektu Wykonawczego**

Spełnienie wymagań

Średnica zewnętrzna **6,1 mm*** (tolerancja średnicy zewnętrznej kabla +/- 5%) Nie spełnia – Średnica zewnętrzna **7,5mm**

Rodzaj włókna **G.657.A2**

Nie spełnia – **G.657.A1**

Min. promień zgięcia podczas instalacji **R = 50 mm**

Nie spełnia – **150mm**

Elementy wytrzymałościowe otulina z **włókien aramidowych** Nie spełnia – ochrona w postaci **włókien szklanych**

• Połączenia światłowodowe pionowe należy zrealizować w oparciu o kabel światłowodowy uniwersalny OS2 min. 12J 9/125µm o konstrukcji luźniej tuby wypełnionej żelem, powłoka kabla powinna być niepalna (FRNC) i bezhalogenowa (LSZH) w kolorze żółtym, klasyfikacja ogniowa (Euroklasa): B2ca s1a,**d0,a1**. Nie spełnia – B2ca-s1a, **d1, a1**

3) 2.3.2. System Avigilon

W toku badania ofert Zamawiający, ustalił, iż zaoferowany przez Państwa w ofercie system **nie posiada**:

• oprogramowania do aplikacji do automatycznej (odroczonej) archiwizacji (backup'u) danych wideo z wybranych kamer. Musi istnieć możliwość wyboru przedziału czasowego (z dokładnością do 1 sekundy) archiwizowanego materiału, czasu uruchomienia automatycznej archiwizacji (z dokładnością do 1 sekundy);

• oprogramowania do aplikacji do kasowania automatycznie zatwierdzonych (auto-acknowledged) alarmów. Po skasowaniu alarmów tego typu nadal musi istnieć możliwość ich późniejszego wyszukania i odtworzenia w systemie.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku innych wykonawców zidentyfikowanie w karcie katalogowej sprzecznych z wymaganiami parametrów dokładnie w takim samym zakresie, jak w przypadku Kamsys (np. przy włóknach światłowodowych otulina z włókien szklanych zamiast aramidowych) słusznie powodowało odrzucenie oferty, a nie ponowne wezwanie do złożenia prawidłowych kart katalogowych. Przy systemie Avigilon ustalenie, że zaoferowany w ofercie system nie posiada określonego oprogramowania (aplikacji) skutkował w przypadku innych wykonawców odrzuceniem oferty, bez wzywania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, a mowa przecież o tym samym systemie i tych samych aplikacjach w obu przypadkach.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie z 10.01.2024 r. Kamsys złożył w zakresie kabli światłowodowych oświadczenie producenta i wyjaśnił, że karta katalogowa złożona przez niego poprzednio była

nieaktualna. Nie jest to okoliczność, która w jakikolwiek sposób usprawiedliwia działania Kamsys i daje możliwość ponownego wezwania do złożenia dokumentów przedmiotowych, z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania. Co więcej, producent Alantec miał w swojej ofercie takie kable, jak wskazane w pierwotnej złożonej przez Kamsys karcie katalogowej i te kable bez problemu można kupić na rynku. Kamsys nie wyjaśnił dlaczego karta ta jest nieaktualna oraz nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność, przy czym nawet gdyby przedstawił, to mowa o produkcie, który na rynku był i jest dostępny. W ocenie Odwołującego Kamsys w ramach odpowiedzi na drugie wezwanie dokonał zmiany pomiędzy generacjami produktu z generacji niespełniającej wymagań Zamawiającego na generację je spełniającą, a nazwa produktu jest taka sama, lecz inna karta katalogowa i inne parametry.

W odpowiedzi na wezwanie z 10.01.2024r. Kamsys w zakresie systemu Aviglion złożył wyjaśnienia oraz własne oświadczenie w zakresie aplikacji. Takiej możliwości nie dopuścił Zamawiający, który w odpowiedzi na pytanie nr 9 z dnia 6 grudnia 2023 r., cytowane powyżej, dopuścił: *„złożenie oświadczeń producentów lub dystrybutorów w celu wykazania spełnienia wymogów, które nie są wymienione w kartach katalogowych. Nie dopuszcza się oświadczeń złożonych przez Oferenta”*. Wobec powyższego oświadczenie to nie jest dokumentem dopuszczonym i wymaganym przez Zamawiającego.

W treści oświadczenia Kamsys wskazał, referując do treści wezwania:

„Niniejszym potwierdzam, że oferta zawiera dedykowane aplikacje do kasowania automatycznie zatwierdzonych (auto-acknowledged) alarmów, gdzie po skasowaniu alarmów będzie możliwość ich późniejszego wyszukania i odtworzenia w systemie oraz dedykowanej aplikacji do automatycznej (odroczonej) archiwizacji (backup'u) danych wideo z wybranych kamer. Aplikacja będzie miała możliwość wyboru przedziału czasowego (z dokładnością do 1 sekundy) archiwizowanego materiału, czasu uruchomienia automatycznej archiwizacji (z dokładnością do 1 sekundy).”

Kamsys nie uwzględnił w liście oferowanych urządzeń, złożonej w odpowiedzi na wezwanie z dn. 21.12.2023r. żadnych dedykowanych aplikacji, o których mowa powyżej. Zamawiający powinien zatem zdaniem Odwołującego uznać, że Kamsys ich nie oferuje i odrzucić jego ofertę – dokładnie tak, jak w przypadku NTS Polska. Na etapie składania wyjaśnień z dn. 15.01.2024 r. Kamsys dokonał zatem niedopuszczalnej zmiany oferty, poprzez dodanie do niej owych aplikacji, a niezależnie od tego i tak nie skonkretyzował swojej oferty w tym zakresie, bowiem nie wiadomo jakie konkretnie aplikacje oferuje (brak danych identyfikacyjnych i dokumentów przedmiotowych). Odwołujący podkreślił, że brak informacji na temat wymaganych parametrów oprogramowania w uzupełnionej karcie katalogowej powodował odrzucenie ofert innych wykonawców, zaś w przypadku Kamsys Zamawiający po raz drugi wzywał do ich uzupełnienia.

W ocenie Odwołującego oferta Kamsys podlega odrzuceniu także z tego powodu, że Kamsys nie złożył w innym jeszcze zakresie przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających parametry wymagane przez Zamawiającego (kart katalogowych, ewentualnie oświadczenia producenta/dystrybutora w celu wykazania spełnienia wymogów, które nie są wymienione w kartach katalogowych) – wyznaczony przez Zamawiającego termin na złożenie przedmiotowych środków dowodowych upłynął zatem bezskutecznie:

1) na stronie nr 6 projektu wykonawczego instalacji elektrycznej (zał 1a do SWZ) znajduje się wymóg: *baterie szczelne, bezobsługowe o projektowanej żywotności 10 lat*. Złożona na wezwanie karta katalogowa nie potwierdza spełniania tych wymogów, nie zawiera wymaganych informacji. Nie przedłożono oświadczeń producenta/dystrybutora;

2) na stronie 44, w punkcie 10.6.1.1. projektu instalacji teletechnicznych (zał. 1b do SWZ) znajdują się wymogi:

u) *Kamera powinna być wyposażona w algorytmy samouczącej się analizy obrazu w oparciu o klasyfikację obiektów (np. człowiek, pojazd) z przesyłaniem metadanych na serwer (...)*

v) *Kamera powinna być wyposażona w algorytmy samouczącej się sieci neuronowych do wykrywania nietypowych zachowań w scenie takich jak np. ruch w niedozwolonym kierunku, zbyt duża prędkość;*

w) *Kamera powinna być oporna na fałszywe alarmy powodowane przez zwierzęta lub zewnętrzne warunki atmosferyczne;*

x) *Kamera powinna mieć możliwość douczenia sieci neuronowej poprzez wpisanie próbek pozytywnych oraz negatywnych ze sceny obserwowanej;* 14

y) *Kamera powinna umożliwiać stworzenie nie mniej niż 30 reguł alarmowych z algorytmów analizy obrazu działających równolegle bez utraty funkcjonalności pozostałych parametrów kamery*

Złożona na wezwanie karta katalogowa nie potwierdza spełniania tych wymogów, nie zawiera wymaganych informacji. Nie przedłożono oświadczeń producenta/dystrybutora;

3) na stronie 45, w punkcie 10.6.1.2. projektu instalacji teletechnicznych (zał. 1b do SWZ) znajdują się wymogi:

u) *Kamera powinna być wyposażona w algorytmy samouczącej się analizy obrazu w oparciu o klasyfikację obiektów (np. człowiek, pojazd) z przesyłaniem metadanych na serwer (...)*

v) *Kamera powinna być wyposażona w algorytmy samouczącej się sieci neuronowych do wykrywania nietypowych zachowań w scenie takich jak np. ruch w niedozwolonym kierunku, zbyt duża prędkość*

w) Kamera powinna być odporna na fałszywe alarmy powodowane przez zwierzęta lub zewnętrzne warunki atmosferyczne;

x) Kamera powinna mieć możliwość douczenia sieci neuronowej poprzez wpisanie próbek pozytywnych oraz negatywnych ze sceny obserwowanej;

y) Kamera powinna umożliwiać stworzenie nie mniej niż 30 reguł alarmowych z algorytmów analizy obrazu działających równolegle bez utraty funkcjonalności pozostałych parametrów kamery;

Złożona na wezwanie karta katalogowa nie potwierdza spełniania tych wymagań, nie zawiera wymaganych informacji. Nie przedłożono oświadczeń producenta/dystrybutora;

4) na stronie 47, w punkcie 10.6.1.4. projektu instalacji teletechnicznych (zał. 1b do SWZ) znajdują się wymagania:

u) Kamera powinna być wyposażona w algorytmy samouczącej się analizy obrazu w oparciu o klasyfikację obiektów (np. człowiek, pojazd) z przysyłaniem metadanych na serwer (...)

v) Kamera powinna być wyposażona w algorytmy samouczącej się sieci neuronowych do wykrywania nietypowych zachowań w scenie takich jak np. ruch w niedozwolonym kierunku, zbyt duża prędkość;

w) Kamera powinna być odporna na fałszywe alarmy powodowane przez zwierzęta lub zewnętrzne warunki atmosferyczne;

x) Kamera powinna mieć możliwość douczenia sieci neuronowej poprzez wpisanie próbek pozytywnych oraz negatywnych ze sceny obserwowanej;

y) Kamera powinna umożliwiać stworzenie nie mniej niż 30 reguł alarmowych z algorytmów analizy obrazu działających równolegle bez utraty funkcjonalności pozostałych parametrów kamery;

Złożona na wezwanie karta katalogowa nie potwierdza spełniania tych wymagań, nie zawiera wymaganych informacji. Nie przedłożono oświadczeń producenta/dystrybutora;

5) na stronie 48, w punkcie 10.6.1.5. projektu instalacji teletechnicznych (zał. 1b do SWZ) znajdują się wymagania:

h) Możliwość pełnego obrotu modułu obiektywu kamery o 360 ° z prędkością do 300°/sek.

dd) Kamera powinna być wyposażona w algorytmy samouczącej się analizy obrazu w oparciu o klasyfikację obiektów (np. człowiek, pojazd) z przysyłaniem metadanych na serwer (...)

ee) Kamera powinna być wyposażona w algorytmy samouczącej się sieci neuronowych do wykrywania nietypowych zachowań w scenie takich jak np. ruch w niedozwolonym kierunku, zbyt duża prędkość;

ff) Kamera powinna być odporna na fałszywe alarmy powodowane przez zwierzęta lub zewnętrzne warunki atmosferyczne;

gg) Kamera powinna mieć możliwość douczenia sieci neuronowej poprzez wpisanie próbek pozytywnych oraz negatywnych ze sceny obserwowanej;

hh) Kamera powinna umożliwiać stworzenie nie mniej niż 30 reguł alarmowych z algorytmów analizy obrazu działających równolegle bez utraty funkcjonalności pozostałych parametrów kamery;

Złożona na wezwanie karta katalogowa nie potwierdza spełniania tych wymagań, nie zawiera wymaganych informacji. Nie przedłożono oświadczeń producenta/dystrybutora;

6) na stronie 18 i kolejnych, w punkcie 9. Projektu instalacji teletechnicznych (zał. 1b do SWZ) znajdują się wymagania dotyczące przełącznika typ 1

5. a) Zarządzanie stosem poprzez jeden adres IP

5. c) Magistrala statkująca o wydajności 400 Gb/s

7. Obsługa min 98 000 adresów MAC

10. Obsługa min. 4000 sieci VLAN jednocześnie (...)

11. Obsługa ramek jumbo o wielkości min. 9 216 bajtów

13. Wsparcie dla protokołów:

- IEEE 802.1s Multi-Instance Spanning Tree. Wymagane wsparcie dla min. 128 instancji protokołu MSTP lub zastosowanie osobnej instancji STP dla każdego VLANu

- Obsługa Generic Routing Encapsulation (GRE) RFC 1701 – z minimalną obsługą 124 tuneli GRE.

14. Obsługa min. 128 000 tras dla routingu Ipv4

15. Obsługa min. 64 000 tras dla routingu Ipv6

16. Obsługa protokołów routingu:

- OSPF – min 10 stref, 200 interfejsów,

- OSPFv3 – min 5 stref, 128 interfejsów

17. Obsługa minimum 64 instancji VRF z wsparciem następujących protokołów routingu: Static, Ipv4, RIPv2, OSPFv2, BGP4

19. Przełącznik musi posiadać funkcjonalność DHCP Server z minimalną obsługą 6400 urządzeń (16umer of leases)

21. Obsługa SPB Shortest Path Bridging IEEE 802.1aq z funkcjonalnościami:

- Minimalna ilość I-SID 8K

- Minimalna ilość VLAN per I-SID 4K

22. Mechanizmy związane z zapewnieniem bezpieczeństwa sieci:

b) Możliwość uwierzytelnienia użytkowników przez wbudowany w przełącznik CaptivePortal – nie dopuszcza się rozwiązań z uwierzytelnieniem na zewnętrznym Captive Portal

c) możliwość filtrowania ruchu w oparciu o adresy MAC, Ipv4, Ipv6, porty TCP/UDP

d) obsługa mechanizmów Port Security, Dynamic ARP Inspection, IP Source Guard, voice VLAN oraz private VLAN (lub równoważny),

23. Implementacja co najmniej 4 kolejek sprzętowych QoS na każdym porcie wyjściowym z możliwością konfiguracji dla obsługi ruchu o różnych klasach:

- klasyfikacja ruchu do klas różnej jakości obsługi (QoS) poprzez wykorzystanie następujących parametrów: źródłowy adres MAC, docelowy adres MAC, źródłowy adres IP, docelowy adres IP, źródłowy port TCP, docelowy port TCP

24. b) plik konfiguracyjny urządzenia musi być możliwy do edycji w trybie off-line (tzn. konieczna jest możliwość przeglądania i zmian konfiguracji w pliku tekstowym na dowolnym urządzeniu PC),

Złożona na wezwanie karta katalogowa nie potwierdza spełniania tych wymogów, nie zawiera wymaganych informacji. Nie przedłożono oświadczeń producenta/dystrybutora.

7) na stronie 22 i kolejnych, w punkcie 9. Projektu instalacji teletechnicznych (zał. 1b do SWZ) znajdują się wymagania dotyczące przełącznika typ 2

4. a) Zarządzanie stosem poprzez jeden adres IP

12. Wsparcie dla protokołów:

- IEEE 802.1s Multi-Instance Spanning Tree. Wymagane wsparcie dla min. 16 instancji protokołu MSTP lub zastosowanie osobnej instancji STP dla każdego VLANu.

15. Obsługa protokołów routingu minimum:

- Ipv4: statyczny, RIPv2, OSPF (dopuszcza się wsparcie dla OSPF ograniczone do jednego obszaru i co najmniej 8 interfejsów)

- Ipv6: minimum: statyczny, RIPvng, OSPFv3 (dopuszcza się wsparcie dla OSPF ograniczone do jednego obszaru i co najmniej 8 interfejsów)

20. Mechanizmy związane z zapewnieniem bezpieczeństwa sieci:

a) min. 4 poziomy dostępu administracyjnego poprzez konsolę

e) możliwość filtrowania ruchu w oparciu o adresy MAC, Ipv4, Ipv6, porty TCP/UDP 17

f) obsługa mechanizmów Port Security, Dynamic ARP Inspection, IP Source Guard, voice VLAN oraz private VLAN (lub równoważny)

22. Wymagane opcje zarządzania

f) Obsługa skryptów BASH oraz Python

Oprogramowanie do zarządzania siecią przewodową

12. Lokalizowanie użytkowników w infrastrukturze sieciowej tj. miejsce podłączenia switch/port oraz informacje nt. usługi L2 tj: VLAN, usługa SPB, VxLAN, GRE Tunel. Weryfikowanie lokalizacji po adresie nazwie sieciowej użytkownika, IP oraz MAC

14. Oprogramowanie musi umożliwiać aktualizację oprogramowania w urządzeniach sieciowych w tym aktualizacje typu ISSU In-Service Software Upgrade

17. Oprogramowanie musi umożliwiać zbieranie informacji o nieprawidłowych parametrach pracy zainstalowanego sprzętu wraz z możliwością generowania alertów o błędach czy przekroczeniu założonych parametrów (środowiskowych, wydajnościowych, dotyczących bezpieczeństwa), w tym wykrywanie anomalii ruchu na portach przełącznika min. wykrywanie ataków DoS oraz port scanning

18. Zarządzenia mechanizmami QoS w tym monitorowanie parametrów SLA w szczególności funkcja monitorowania jakości oraz ilości połączeń SIP

19. Konfiguracja list dostępu (ACL) na zarządzanych urządzeniach

20. c. CLI Scripting – czyli możliwość przygotowania zbiorowej konfiguracji dla przełączników wraz ze zmiennymi w zależności modelu urządzenia

Złożona na wezwanie karta katalogowa nie potwierdza spełniania tych wymogów, nie zawiera wymaganych informacji. Nie przedłożono oświadczeń producenta/dystrybutora.

8) 5.1 na stronie 51, w punkcie 10.6.2. projektu instalacji teletechnicznych (zał. 1b do SWZ) znajduje się zapis: Zasilacze muszą posiadać certyfikat Titanium Level Certified – wymagane załączenie do oferty raportu.

Kamsys nie dołączył certyfikatu ani do oferty, ani nie złożył na wezwanie.

9) na stronie 52, w punkcie 10.6.2. projektu instalacji teletechnicznych (zał. 1b do SWZ) znajduje się wymaganie:

Producent serwera powinien posiadać certyfikaty:

- PN-EN ISO 9001:2015, PN-EN ISO14001:2015 oraz PN-ISO/IEC 27001:2014 lub nowsze na procesy projektowania, produkcję, sprzedaż i serwis,

- PN-EN ISO 50001:2018

- SA 8000:2014

- Oferowany model serwera musi znajdować się na liście Windows Server Catalog i posiadać status Certified for Windows dla systemów Windows Server 2019/2022 – wymagany wydruk 1 8 ze strony <https://www.windowsservercatalog.com> - Oznaczenie CE

Kamsys nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających powyższe.

Z powyższych względów zdaniem Odwołującego oferta Kamsys również powinna podlegać odrzuceniu, bowiem wykonawca ten był już wzywany do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, a wskazane uchybienia dotyczą właśnie uzupełnionych dokumentów.

Ponadto, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 7 z dnia 28 listopada 2023 r. należało zaznaczyć na zbiorczych kartach katalogowych oferowany konkretnie model urządzenia *„Zamawiający zaznacza, iż w przypadku składania karty katalogowej tzw. zbiorczej, która obejmuje kilka modeli / rodzinę urządzeń w różnym wykonaniu danego urządzenia należy zaznaczyć jaki dokładnie model / wersja jest oferowana przez Wykonawcę”*. Kamsys nie zaznaczył oferowanego modelu w kamerze 3MP-NEX-PC (do liczenia osób), wobec czego nie jest znana treść oferty Kamsys w tym zakresie, a ponowne wezwanie do złożenia karty katalogowej z odpowiednim zaznaczeniem jest niedopuszczalne.

Czyn nieuczciwej konkurencji

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Kamsys nie złożył żadnych kart katalogowych ani oświadczeń wraz z ofertą. Dopiero w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do ich złożenia z 21.12.2023 r. dokonał obarczonej wadami konkretyzacji swojej oferty. Co więcej, konkretyzacja ta polegała na skopiowaniu (z niewielkimi modyfikacjami) zestawienia urządzeń, które do swojej oferty załączył Odwołujący. Na 30 pozycji w liście urządzeń złożonej przez Odwołującego 24 pozycje się pokrywają z listą urządzeń złożoną przez Kamsys, dwie mniej istotne pozycje: fotel i zasilacz UPS zostały zmienione przez Kamsys – wpisano inny asortyment, a trzy usunięto (oprogramowanie Venom – pozycje 3, 4 i 5 w zestawieniu urządzeń Odwołującego). Lista urządzeń Kamsys znajduje się w pliku pn. „Kamsys_lista urządzeń(Autenti_Classic_2024-01-04_23-47-41)”. We właściwościach tego pliku znajdujemy informację, że autorem tego pliku jest „sgorak” – pracownik Odwołującego, a nie Kamsys. Jest to niepodważalny dowód na kopiowanie i kształtowanie swojej oferty, po upływie terminu składania ofert i na podstawie oferty innego wykonawcy. Lista urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego – załączona do oferty – została przez Zamawiającego odtajniona, zaś Zamawiający o tej decyzji poinformował Odwołującego pismem z dn. 10.01.2024 r. Wcześniej przed poinformowaniem o tej czynności i upływem terminu na jej zaskarżenie udostępnił ją właśnie Kamsys, w czasie, gdy ten podmiot został wezwany do uzupełnienia dokumentów, co otworzyło mu drogę do kopiowania cudzej oferty. Jak widać udostępnienie to miało swoje skutki – Kamsys z niewielkimi zmianami przyjął jako własną ofertę Odwołującego, niwelując w ten sposób ryzyko niewłaściwego doboru urządzeń, który wymaga m.in. zaangażowania zasobów, know-how, poniesienia kosztów, prób i testów

Odwołujący wskazał, że Zamawiającemu wydawało się, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ale w ocenie Odwołującego działania Kamsys najlepiej świadczą o tym, że pozostawał w błędzie.

Dalej Odwołujący wskazał, że po pozyskaniu od Zamawiającego listy urządzeń złożonej z ofertą przez Odwołującego i po wezwaniu Kamsys do złożenia dokumentów przedmiotowych, Kamsys podjął próby kontaktu z bezpodstawnie ujawnionym przez Zamawiającego dostawcą Odwołującego, z oczekiwaniem przedłożenia mu przez tego dostawcę kart katalogowych produktów, które zaoferował Odwołujący. Kamsys przedłożył temu dostawcy karty katalogowe z podpisami pracownika Odwołującego, złożone w tym Postępowaniu jako wzorzec, który chciał pozyskać, czyli powołał się na odtajnione przez Zamawiającego karty katalogowe Odwołującego, wnioskując o przekazanie takich samych.

W świetle powyższych okoliczności staje się oczywiste, że Kamsys swoją ofertę tworzył dopiero na etapie badania i oceny ofert, kopiując niemalże całkowicie ofertę Odwołującego.

Tym samym złożona oferta na moment jej składania nie polegała na właściwym doborze urządzeń i ich wycenie, ale Kamsys nie złożył żadnych kart katalogowych, aby mieć możliwość komfortowego doboru urządzeń, po zapoznaniu się z ofertami innych wykonawców – a Zamawiający mu to umożliwił, odtajniasząc karty katalogowe Odwołującego i udostępniając je Kamsys przez poinformowanie Odwołującego o ich odtajnieniu – czym uniemożliwił skuteczne zaskarżenie tej czynności (bo zaskarżenie tej czynności byłoby już bezskuteczne i bez wpływu na wynik postępowania, skoro dokumenty zostały upublicznione).

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w odniesieniu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w wyroku z dnia 2022-02-21, KIO 265/22: „Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą

sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ZNKU czynny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Przywołać należy wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 9 września 2009 r., II CSK 44/09 w którym Sąd wskazał, iż artykuł 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.”. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-03-09, KIO 338/21, „Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd.”

Działanie Kamsys było zdaniem Odwołującego w sposób oczywisty działaniem celowym – trudno uznać, aby nieświadomie doszło do skopiowania pliku Odwołującego i kontaktu z jego dostawcami. Całokształt okoliczności sprawy wskazuje, że Kamsys swoją ofertę chciał zbudować po jej złożeniu, na bazie analizy ofert innych wykonawców, przejmując ich rozwiązania, poszukując kart katalogowych po zapoznaniu się z kartami katalogowymi Odwołującego, o czym świadczą m.in. podjęte w tym czasie kontakty z dostawcami Odwołującego, brak złożenia oświadczeń producentów/dystrybutorów w zakresie parametrów, które nie mają potwierdzenia w kartach katalogowych, brak wskazania konkretnych produktów w kartach katalogowych zbiorczych, czego wymagał Zamawiający (co opisano powyżej), skopiowanie tabelki Odwołującego z zestawieniem oferowanego asortymentu (to autorski format Odwołującego, nie żaden wzór Zamawiającego), i oczywiście brak konkretyzacji treści oferty na etapie jej składania co „otwierało” drogę do takich działań. Kamsys po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów działał pod presją czasu, więc złożone przedmiotowe środki dowodowe nie były odpowiednio skompletowane, przygotowane i przemyślane, co zaowocowało licznymi uchybieniami opisanymi powyżej. Opisane działanie Kamsys są zaprzeczeniem uczciwości, rzetelności, zaufania, lojalności, szczerości, fachowości, prywatności, poszanowania interesów drugiej strony i jako takie wyczerpują znamiona art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W świetle powyższego w ocenie Odwołującego oferta Kamsys podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jej odrzucenia pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kamsys pomimo, że Wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowych środków dowodowych. Doszło również do naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wezwanie Kamsys dwukrotnie w tym samym zakresie do uzupełnienia dokumentów oraz wezwanie Kamsys do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego z tego powodu, że uprzednio złożony dokument zawierał błędy. Wreszcie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

II.

Zaniechanie odrzucenia – dokumenty OTUS

Odwołujący w dalszej kolejności wskazał, że Zamawiający pismem z dn. 9.02.2024 r. wezwał Kamsys do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dla podmiotu udostępniającego potencjał OTUS Krajowe Centrum Bezpieczeństwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „OTUS”) m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Powyższe wynika z faktu, że Kamsys nie złożył żadnych dokumentów dla podmiotu trzeciego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 22.01.2024r. do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w wezwaniu z dn. 9.02.2024 r. wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 16.02.2024 r. W tym terminie Kamsys przedłożył informację z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) tylko dla jednego z dwóch członków zarządu. Kamsys nie przedłożył informacji z KRK dla Pana M.N., który pełnił funkcję członka zarządu OTUS po dniu składania ofert w Postępowaniu. Osoba ta pełniła funkcje członka zarządu także zgodnie z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego złożonego wraz z dokumentami OTUS w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie (dokument datowany na dzień 13.02.2024r.). W związku z powyższym Kamsys powinien przedłożyć informację z KRK również dla Pana M.N.. Wziąwszy pod uwagę, że dokumenty te były już uzupełniane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma możliwości ponownego wezwania do ich uzupełnienia, a Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kamsys pomimo, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania i nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych.

Kamsys, po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów dla podmiotu udostępniającego potencjał (OTUS), pismem z dn. 20.02.2024r. złożył z własnej inicjatywy wyjaśnienia i nowe dokumenty, w których poinformował:

„W dniu 16.02.2024 roku zgodnie z wezwaniem z dnia 9.02.2024 złożyliśmy przez platformę dokumenty wymagane przez Zamawiającego. W związku z rozbieżnościami wobec stanu faktycznego, a wpisem w KRS informujemy, że z

ramienia firmy użyczającej zasoby OTUS KRAJOWE CENTRUM BEZPIECZEŃSTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, do której reprezentacji wyznaczony jest zgodnie z KRS nr 0000586485 każdy członek zarządu samoistnie (samodzielnie), otrzymaliśmy dokumenty z KRK dla Pana P.G., które zostały złożone. Z uwagi na fakt, iż w dniu 15.02.2024 roku uchwałą Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników OTUS KRAJOWE CENTRUM BEZPIECZEŃSTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ został odwołany z pełnienia funkcji członek zarządu Pan M.N., w załączonych plikach były dokumenty wyłącznie Pana P.G. Prezesa Spółki, gdyż na dzień składania wyjaśnień tj. 16.02.2024 był on jedynym członkiem zarządu. W załączeniu przesyłam Uchwałę z 15 lutego oraz wniosek do KRS informujący o w/w zmianie”.

Przedłożona uchwała z 15.02.2024r. oraz wniosek do KRS informujący o w/w zmianie zostały złożone po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów, wyznaczonego przez Zamawiającego, tj. 16.02.2024 r. Dokumenty te powinny zostać złożone w terminie wyznaczonym, tj. 16.02.2024r. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 26.01.2022, KIO 55/22: „Co warte podkreślenia, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia ciężar dowodu wykazania braku podstaw do wykluczenia spoczywa na wykonawcy biorącym udział w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie zamawiającemu za pomocą prawidłowych dokumentów, że nie podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie Odwołujący tego nie uczynił, a zatem Zamawiający miał pełne prawo podjąć decyzję o odrzuceniu jego oferty, skoro na podstawie dokumentacji jaką posiadał zaistniała podstawa do jego wykluczenia”.

Odwołujący podkreśla, że w jego ocenie przedmiotowe wyjaśnienia i załącznik do nich niczego nie zmieniają, ponieważ wykonawca musi wykazać brak podstaw do wykluczenia w całym okresie postępowania, na moment składania ofert oraz na moment złożenia dokumentów. W okresie po złożeniu oferty Pan M.N. był urzędującym członkiem zarządu OTUS, co implikowało konieczność złożenia zaświadczenia KRK i dla tej osoby. Brak złożenia tego dokumentu powinien skutkować odrzuceniem oferty. Z ostrożności, Odwołujący podnosi, że nawet jeśli uznać, że odwołanie Pana M.N. z funkcji członka zarządu mogło dezaktualizować konieczność złożenia dla niego informacji KRK, to dokumenty wykazujące odwołanie tej osoby powinny zostać złożone w terminie na uzupełnienie dokumentów – do dnia 16.02.2024r. Kamsys tych dokumentów, jak wskazano powyżej nie złożył w terminie, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego trzeba wskazać, że nawet jeżeli uznać, że na moment składania dokumentów, w tym przypadku informacji z KRK, należy złożyć informacje tylko dla tych osób, które w tym momencie wchodziły w skład organów – zarządu (z czym Odwołujący się nie zgadza), to i tak zachodziła konieczność złożenia tej informacji dla Pana M.N.. Wynika to z faktu, że Pan M.N. na moment składania uzupełnionych dokumentów był członkiem zarządu OTUS. Złożona przez Kamsys wraz z wyjaśnieniami z 20.02.2024r. uchwała nr 2 nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników OTUS wskazuje wprost: „niniejszym odwołuje z dniem 16 lutego 2024r. z funkcji członka zarządu Pana M.N. [...]”. Odwołanie nastąpiło zatem z dniem 16 a nie 15 lutego. Nie jest prawdą stwierdzenie w wyjaśnieniach z dn. 20.02.2024r.: „[...] w załączonych plikach były dokumenty wyłącznie Pana P.G. Prezesa Spółki, gdyż na dzień składania wyjaśnień tj. 16.02.2024 był on jedynym członkiem zarządu [...]”. Odwołanie z dniem 16.02.2024r. oznacza bowiem, że osoba odwołana pełni funkcję do końca tego dnia. Pan M.N. był członkiem zarządu OTUS do końca dnia 16.02.2024 r. (do godz. 24.00). Kamsys uzupełnione dokumenty złożył w tym dniu przed godziną 24.00 – kiedy Pan N. swoją funkcję jeszcze piastował. W złożonych wyjaśnieniach Kamsys powołuje się na dzień podjęcia uchwały (15.02.2024r.), ale pominał jej treść i dzień z którym to odwołanie następuje. Zgodnie z art. 2 Kodeksu spółek handlowych w zw. z art. 111 kodeksu cywilnego Pan N. przestał pełnić funkcję członka zarządu z końcem dnia 16.02.2024r. – po momencie złożenia dokumentów przez Kamsys. Warto wskazać dla przykładu na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 30 marca 2022 r. sygn. akt VII AGa 923/21: „Co więcej, jak wskazano wyżej, uchwała o odwołaniu członka zarządu albo wywołuje skutek natychmiast (nawet nie z upływem dnia, w którym odwołania dokonano), albo akt odwołania określa termin zakończenia sprawowania funkcji. W uchwale odwołującej powódkę określono skutek odwołania na „dzień jej podjęcia”, a nie na np. „na chwilę jej podjęcia”. Także w przypadku pozostałych uchwał ich wejście w życie zostało określone w ten sam sposób, a wszystkie uchwały zostały podjęte w dniu 19 września 2014r. Przepisy k.s.h. nie określają samodzielnie, w jaki sposób należy określać, liczyć terminy określone przez strony. Dlatego też, zgodnie z art. 2 k.s.h., odpowiednie zastosowanie miały przepisy k.c., w szczególności art. 111 k.c. Tak więc, jeżeli termin został określony w dniach, to literalnie jego upływ, a więc skutek danej czynności następuje z końcem tego dnia, tj. o godz. 24.00.”. W konsekwencji oferta Kamsys podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił w Postępowaniu warunki w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zgodnie z rozdz. VIII podrozdz. I ust. 1 pkt 2) lit. d) SWZ (str. 15):

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należąco wykonał co najmniej: 2 zamówienia polegające na wykonaniu systemu telewizji dozorowej o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 zł brutto każda.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca Kamsys nie wykazał spełnienia tego warunku z następujących powodów:

1)Kamsys złożył dwie referencje – własną, wystawioną przez Centrum Szkolenia Policji w Legionowie oraz referencję wystawioną przez Novago dla OTUS Krajowe Centrum Bezpieczeństwa sp. z o.o., ul. Puławska 599A, 02-885 Warszawa (dalej: „OTUS”). Jednakże Kamsys nie powoływał się na potencjał OTUS w tym zakresie na etapie składania oferty. W dokumentach złożonych wraz z ofertą rzeczywiście odnajdujemy zobowiązanie OTUS do udostępnienia potencjału, lecz jako udostępniony potencjał wskazano osoby:

Ja niżej podpisany P.G. będąc upoważnionym do reprezentowania firmy OTUS Krajowe Centrum Bezpieczeństwa sp. z o.o., ul. Puławska 599A, 02-885 Warszawa oświadczam, że wyżej wymieniony podmiot, stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), odda Wykonawcy: K.P., ul. Wileńska 27, 05-120 Legionowo do dyspozycji w trakcie realizacji zamówienia niezbędne zasoby:

- dwie osoby: instalator/servisant

na potrzeby wykonania ww. zamówienia: „Wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej w obiekcie Torwar I w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a”.

Sposób wykorzystania ww. zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia:

- okablowanie i spawanie światłowodów.

W wykazie osób złożonym przez Kamsys takie dwie osoby, jako potencjał użyczony zostały uwzględnione. W poz. 2 i 3 tego wykazu wskazano Pana K.O. i M.O. a przy zakresie wykonywanych czynności przy realizacji zamówienia przy tych osobach wskazano: „okablowanie, spawanie światłowodów, montaż i konfiguracja CCTV”. Z dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynika, aby Kamsys polegał na potencjale OTUS w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania referencyjnych zamówień. Powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego po złożeniu oferty, dopiero na etapie składania podmiotowych środków dowodowych jest niedopuszczalne. Zgodnie z art. 123 ustawy Pzp Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie:

a. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-03-18, KIO 510/22:

Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie. Podkreślić w tym miejscu należy, że to wykonawca - jako podmiot profesjonalny - ponosi odpowiedzialność za prawidłowe i odpowiadające wymaganiom SWZ i ustawy Pzp złożenie wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, w tym ich jednoznaczność i precyzyjność. Jeżeli w oświadczeniu podmiotu trzeciego nie opisano w sposób dostateczny zakresu udostępnianych przez podmiot trzeci zasobów (do tego zakres ten opisano tak, że nie odpowiadał on w pełni warunkowi udziału w postępowaniu, na co słusznie zwrócono uwagę w odwołaniu), a jednocześnie Przystępujący sam w innym dokumencie złożonym wraz z ofertą (wykaz osób) ograniczył zakres polegania na tych zasobach do jednego serwisanta, to jego obciążają konsekwencje, jakie wiążą się z wynikającą z dokumentów załączonych do oferty deklaracją korzystania z zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie jednego, a nie dwóch serwisantów. Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów;

b. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-05-12, KIO 1189/23:

Zakaz taki wynika wprost z art. 123 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Zamawiający zwrócił na to uwagę także w pkt 11.8 SWZ. Nawet jeśli deklaracja złożona przez Odwołującego wraz z ofertą była wynikiem błędu, to wyłącznie Odwołującego obciążają negatywne konsekwencje niedochowania należytej staranności podczas składania oferty. To wykonawca - jako podmiot profesjonalny - jest odpowiedzialny za prawidłowe i odpowiadające wymaganiom SWZ i ustawy Pzp złożenie wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, w tym ich jednoznaczność i precyzyjność.

2)Kamsys przedłożył wykaz zrealizowanych robót budowlanych wraz z dowodami określającymi, czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście – załącznik nr 5 do SWZ Wykaz wykonanych robót (wymagany do złożenia przez wykonawcę zgodnie z rozdz. IX SWZ). Kamsys złożył referencję z dn. 22 września 2023r. wystawioną dla niego przez Centrum Szkolenia Policji w Legionowie. W zakresie przedmiotu zamówienia – w referencji mowa o wykonaniu robót budowlanych w postaci rozbudowy systemu monitoringu wizyjnego CCTV, a w warunku wymagane jest wykonanie systemu telewizji dozorowej. Przedmiotowa rozbudowa mogła być dokonana w

węższym zakresie, niż stanowi treść warunku, bowiem rozbudowa nie musi polegać na wykonaniu systemu. W treści wykazu wykonanych robót wskazano na przedmiot zamówienia: „Rozbudowa monitoringu wizyjnego CCTV” – więc nie potwierdzono, że Kamsys wykonał system telewizji dozorowej. Podobnie w zakresie wymaganej do podania w wykazie wykonanych robót wartości brutto – wartość podana w wykazie dotyczy całego zadania inwestycyjnego, które niewątpliwie zawierało elementy wykraczające poza treść warunku udziału w postępowaniu: modernizacja oświetlenia osi strzeleckich Centrum Szkolenia Policji w Legionowie. Zakres ten ewidentnie nie stanowi wykonania systemu telewizji dozorowej, więc jego wartość nie może zostać zaliczona na potrzeby wykazania spełniania warunku. Nie wiadomo jaką wartość posiada to zamówienie referencyjne w zakresie odpowiadającym warunkowi, bez pozostałych elementów jak owa modernizacja oświetlenia osi strzeleckich. W treści wykazu robót i w treści referencji informacji tych nie zawarto, wobec czego nie można uznać, że zamówienie to w zakresie wykonania systemu telewizji dozorowej ma wymaganą w warunku wartość: 1.500.000 zł brutto. Zatem z powodu przedmiotu zamówienia referencyjnego i wartości nie można uznać, że wykazano spełnienie warunku.

W świetle powyższego Kamsys powinien być wezwany na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku z rozdz. VIII podrozdz. I ust. 1 pkt 2) lit. d) SWZ (str. 15). Ewentualnie powinien zostać także wezwany na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu. Przy czym, jeśli chodzi o zamówienie wykonane przez OTUS, względu na treść art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 w zw. z art. 122 ustawy Pzp mogłoby ono nastąpić jedynie w zakresie wykazania samodzielnego spełnienia przez Kamsys warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na brak możliwości powoływania się po upływie terminu składania ofert na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, w sytuacji, w której na etapie składania ofert Kamsys nie polegał w danym zakresie na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby (por. m.in. uchwała KIO z dnia 28.02. 2020 r., sygn. akt KIO/KD 11/20, wyrok ETS z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, Esaprojekt). Taką możliwość przewiduje art. 122 ustawy Pzp, tzn. możliwe jest wykazanie samodzielnego wykazania spełniania warunku, pomimo deklaracji w ofercie zlecenia do realizacji określonych prac - jako podmiotowi używającemu potencjał. Bo gdy dochodzi do zastąpienia potencjału podmiotu trzeciego, potencjałem własnym wykonawcy, mamy do czynienia z taką sytuacją.

W dniu 12 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 1 marca 2024 r. zgłosił wykonawca P.B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.P. w Legionowie, który wniósł o oddalenie odwołania.

Z kolei dnia 4 marca 2024 r. przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca NTS Polska S. A. z siedzibą w Raszynie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia wykonawcy P.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.P. w Legionowie (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego oraz wykonawcy NTS Polska S. A. z siedzibą w Raszynie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym określonym w art. 275 pkt 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej w obiekcie Torwar I w Centralnym Ośrodku Sportu w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a; nr postępowania: NZ/P/26/2023* (dalej „Postępowanie”).

Treść dokumentacji postępowania była przedmiotem pytań wykonawców i udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień m.in.

•z dnia 23.11.2023 r.

Pytanie 3

Czy Zamawiający wymaga dołączenia do oferty kart katalogowych zaproponowanych urządzeń? W jaki sposób Zamawiający będzie weryfikował poprawność parametrów urządzeń zaoferowanych z ujętymi w projekcie?

Odpowiedź: Zamawiający informuje iż w celu weryfikacji wymaga złożenia wszystkich kart katalogowych oferowanych urządzeń wraz z ofertą.

•Z dnia 28.11.2023 r.

Pytanie nr 7: Czy Zamawiający wymaga dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych, jak w poprzednich postępowaniach? Jeśli tak, to prosimy o wyjaśnienie: a. czy Zamawiający wymaga złożenia kart katalogowych ewentualnie innych dokumentów b. jeśli Zamawiający wymaga złożenia kart katalogowych ewentualnie innych dokumentów, to w jakim zakresie mają być one złożone - czy w odniesieniu do wszystkich urządzeń/materiałów/sprzętu, które będą użyte do wykonania zamówienia (będzie to kilkadziesiąt pozycji) czy w odniesieniu do podstawowych/najważniejszych urządzeń/materiałów/sprzętu. c. jeśli karty katalogowe ewentualnie inne dokumenty mają być złożone w odniesieniu do podstawowych/najważniejszych urządzeń/materiałów/sprzętu, to prosimy o wyjaśnienie, które za takowe są uważane przez Zamawiającego, a w konsekwencji w stosunku do których muszą zostać złożone przedmiotowe środki dowodowe. d. na jakim etapie mają być złożone przedmiotowe środki dowodowe. Czy mają być złożone wraz z ofertą? e. czy Zamawiający przewiduje zastosowanie art. 107 ust.2 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

Odpowiedź: Zamawiający informuje iż:

a – wymaga się złożenia kart katalogowych,

b – wymaga się złożenia kart do najważniejszych urządzeń / sprzętu

c – wymaga się aby złożyć karty min. dla: sieciowy kabel miedziany, kable światłowodowe, listwy zasilające rack, moduł RJ45, panele sieciowe rack, urządzenia aktywne dla sieci LAN, oprogramowanie do zarządzania siecią, kamery, karty SDXC, monitory, stacje podglądowe PC, klawiatura CCTV, oprogramowanie CCTV, serwery CCTV, mikrofon, zabezpieczenie przeciwprzepięciowe rack, fotele, sejf do przechowywania nośników danych, zasilacz UPS.

d – przedmiotowe środki dowodowe mają być złożone wraz z ofertą.

e – Tak, Zamawiający przewiduje zastosowanie art. 107 ust.2 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

Zamawiający zaznacza, iż w przypadku składania karty katalogowej tzw. zbiorczej, która obejmuje kilka modeli / rodzinę urządzeń w różnym wykonaniu danego urządzenia należy zaznaczyć jaki dokładnie model / wersja jest oferowana przez Wykonawcę.

Pytanie nr 8: Czy Zamawiający sporządzi i udostępni listę podstawowych/najważniejszych urządzeń/materiałów/sprzętu ewentualnie wraz z ich parametrami opisanymi w projekcie, którą wykonawcy będą musieli uzupełnić o podanie nazwy, modelu, producenta, symbolu part numer w celu precyzyjnego określenia oferowanego asortymentu?

Odpowiedź: Zamawiający informuje iż wskazał urządzenia / materiały dla których należy złożyć przedmiotowe środki dowodowe w taki sposób aby jednoznacznie wynikało jaki model / wersję Wykonawca oferuje. Oferent dobierając oferowane urządzenie / materiał ma zapewnić zgodność z wymaganiami technicznymi ujętymi w dokumentacji projektowej.

•Z dnia 06.12.2023 r.

Pytanie 9

W projekcie znajdują się szczegółowe wymagania dla poszczególnych urządzeń. Ponieważ karty katalogowe produktów są standaryzowane i mają charakter ogólny (nie są przygotowywane pod wymagania konkretnego postępowania), nie wszystkie parametry opisane w dokumentacji projektowej, znajdują potwierdzenie w ich treści. Czy Zamawiający wymaga, aby oferent potwierdził spełnianie wszystkie parametrów urządzeń opisane w dokumentacji? Jeżeli tak, to czy brakujące w kartach katalogowych informacje, mogą zostać potwierdzone Zamawiającemu w formie oświadczenia producenta lub dystrybutora tych urządzeń? Prosimy o potwierdzenie, że takie oświadczenie należy złożyć wraz z ofertą.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający dopuszcza złożenie oświadczeń producentów lub dystrybutorów w celu wykazania spełnienia wymogów, które nie są wymienione w kartach katalogowych. Nie dopuszcza się oświadczeń złożonych przez Oferenta.

W rozdziale VIII Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia w sekcji I. ust. 1 pkt 2 lit. d) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał, że:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należało wykonać co najmniej: 2 zamówienia polegające na wykonaniu systemu telewizji dozorowej o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 zł brutto każda.

Z kolei w tymże rozdziale VIII sekcji I. ust. 2 Zamawiający przewidział, że:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje następującymi osobami:

1) co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą uprawnienia do kierowania i nadzorowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;

2) co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. Nr 89, poz. 828 ze zm.) potwierdzone świadectwem kwalifikacyjnym uprawnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno – pomiarowym:

- urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV,

- aparatury kontrolno-pomiarowej oraz urządzeń i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV;

3) co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. Nr 89, poz. 828 ze zm.) potwierdzone świadectwem kwalifikacyjnym uprawnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno – pomiarowym:

- urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV,

- aparatury kontrolno-pomiarowej oraz urządzeń i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV;

4) co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego oraz legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczania technicznego wystawioną przez przedsiębiorcę wykonującego działalność gospodarczą w zakresie ochrony osób i mienia zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1432).

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 11 grudnia 2023 r. o godz. 12:15. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 3 258 101,74 zł brutto

W toku postępowania oferty złożyło ośmiu wykonawców:

Oferta nr 1 została złożona przez Przystępującego – oferowana kwota: 3 198 958,00 zł brutto, gwarancja i rękojmia na roboty budowlane - 60 miesięcy.

Oferta nr 2 została złożona przez wykonawcę – NTS Polska Spółka Akcyjna, ul. Polna 7A, 05-090 Raszyn, REGON 142733356 – oferowana kwota: 3 160 170,00 zł brutto, gwarancja i rękojmia na roboty budowlane - 60 miesięcy.

Oferta nr 3 została złożona przez wykonawcę – T4B Sp. z o.o., ul. Aleja Stanów Zjednoczonych 32/u15, 04-036 Warszawa, REGON: 015503732 – oferowana kwota: 3 789 478,91 zł brutto, gwarancja i rękojmia na roboty budowlane - 60 miesięcy.

Oferta nr 4 została złożona przez wykonawcę – GEO-KAT Sp. z o.o., ul. Wołowska 24, 02-675 Warszawa, REGON: 510948744 – oferowana kwota: 4 007 746,27 zł brutto, gwarancja i rękojmia na roboty budowlane - 60 miesięcy.

Oferta nr 5 została złożona przez wykonawcę – I.J., ul. Generała Leopolda Okulickiego 95, 37-450 Stalowa Wola, REGON: 180472819 – oferowana kwota: 6 900 000,00 zł brutto, gwarancja i rękojmia na roboty budowlane - 50 miesięcy.

Oferta nr 6 została złożona przez Odwołującego – oferowana kwota: 3 251 951,00 zł brutto, gwarancja i rękojmia na roboty budowlane - 60 miesięcy.

Oferta nr 7 została złożona przez wykonawcę – SERVICELINE Sp. z o.o., ul. Strażacka 63/65, 04-462 Warszawa, REGON: 146091133 – oferowana kwota: 3 222 600,0 zł brutto, gwarancja i rękojmia na roboty budowlane - 60 miesięcy.

Oferta nr 8 została złożona przez wykonawcę – Pax Sp. z o.o. ul. 38 Toruńska, 86-0050 Solec Kujawski, REGON: 146091133 – oferowana kwota: 1 718 310,00 zł brutto, gwarancja i rękojmia na roboty budowlane - 60 miesięcy.

Przystępujący wraz z ofertą złożył Formularz ofertowy, w którego pkt 12 wskazał że zamówienie zrealizuje przy

udziale Podwykonawców. Podwykonawcy zostaną powierzone do wykonania następujące zakresy zamówienia: okablowanie, spawanie światłowodów. W formularzu nie wskazano kto będzie podwykonawcą.

Do oferty dołączono także m.in.

-Oświadczenie Przystępującego o treści *Na potrzeby postępowania Wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej w obiekcie Torwar I w Centralnym Ośrodku Sportu w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a oświadczam, że proponowane produkty do systemu telewizji dozorowej są „fabrycznie nowe” o dacie wytworzenia nie wcześniejszej niż 2023 rok i spełniają minimalne parametry wskazane w Projekcie Wykonawczym.*

-Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia firmy OTUS Krajowe Centrum Bezpieczeństwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w którym podmiot ten oświadczył, że odda Przystępującemu do dyspozycji w trakcie realizacji zamówienia niezbędne zasoby: dwie osoby: instalator/serwisant na potrzeby wykonania ww. zamówienia: „Wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej w obiekcie Torwar I w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a”.

Sposób wykorzystania ww. zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: okablowanie i spawanie światłowodów.

-oświadczenie firmy OTUS dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przesłanek wykluczenia z postępowania, zgodnie z którym spalenia on warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w Rozdziale VIII SWZ oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 Ustawy;

-odpis z Krajowego Rejestru Sądowego zgodnie z którym jedynym członkiem zarządu, pełniącym funkcję Prezesa Zarządu jest Pan P.G.;

-referencje wystawione dla firmy OTUS przez firmę NOVAGO sp. z o.o. z siedzibą w Mławie zgodnie z którymi firma OTUS w sposób należyty opracowała koncepcję, wykonała projekt oraz dokonała instalacji i uruchomienia kompletnego systemu CCTV w 7 zakładach Grupy NOVAGO o wartości 2,2 mln zł netto.

Do oferty Przystępujący nie dołączył przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub oświadczeń producentów lub dystrybutorów urządzeń wskazanych w treści odpowiedzi na pytanie nr 7 z dnia 28 listopada 2023 r.

W dniu 21 grudnia 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego pismo o treści:

W toku badania ofert Zamawiający ustalił, iż Wykonawca zgodnie z zapisami Rozdziału X ust. 1 pkt 9) SWZ, złożył wymagane „Oświadczenie, że proponowane produkty do systemu telewizji dozorowej są „fabrycznie nowe” o dacie wytworzenia nie wcześniejszej niż 2023 rok i spełniają minimalne parametry wskazane w Projekcie Wykonawczym”. Nie mniej jednak Zamawiający zwraca się z uprzejmą prośbą o złożenie wszystkich kart katalogowych dobranych urządzeń do ww. zadania wycenionych w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Wyżej wymienione dokumenty należy złożyć do dnia 04.01.2024 r.

W odpowiedzi z dnia 4 stycznia 2024 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi o treści:

W załączeniu przesyłam listę urządzeń z podanymi modelami oraz karty katalogowe potwierdzające zgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami przetargu. W przypadku jakiś wątpliwości lub niezgodności możemy udzielić wyjaśnień lub uzupełnień. Listę urządzeń przesałem zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pyt nr 7 z dnia 28-11-2023.

Do odpowiedzi dołączono listę w postaci zestawienia tabelarycznego oraz karty katalogowe oferowanych urządzeń.

Dnia 10 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego pismo o treści:

W toku badania ofert Zamawiający ustalił, iż :

a) Wykonawca dołączył do oferty kartę katalogową Kabla światłowodowego FOK-U12J-SM-0(Autenti_Classic_2024-01-04_...pdf), z której wynika, iż okablowanie nie spełnia wymogów wskazanych przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym.

W związku z powyższym proszę o złożenie wyjaśnień, czy zaoferowany i wyceniony w ofercie produkt, odpowiada wymaganiom wskazanym w Projekcie Wykonawczym przez Zamawiającego:

Parametr z Projektu Wykonawczego

**Oferowany produkt spełnienie/nie
spełnia wymagania (wypełnia
Wykonawca)**

**Elementy wytrzymałościowe otulina z włókien
aramidowych**

Połączenia światłowodowe pionowe należy zrealizować w oparciu o kabel światłowodowy uniwersalny OS2 min. 12J 9/125µm o konstrukcji luźniej tuby wypełnionej żelem, powłoka kabla powinna być niepalna (FRNC) i bezhalogenowa (LSZH) w kolorze żółtym, klasyfikacja ogniowa (Euroklasa):

Klasyfikacja ogniowa B2ca

Klasyfikacja ogniowa s1a,

Klasyfikacja ogniowa d0,

Klasyfikacja ogniowa a1

Jednocześnie proszę o przedstawienie dokumentu jakościowego, z którego będzie wynikało, iż skazany przez Państwa produkt - Kabel światłowodowy FOK-U12J-SM-0(Autenti_Classic_2024-01-04_...pdf), spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego wskazane w Projekcie Wykonawczym.

b) System Avigilon

W toku badania ofert Zamawiający, ustalił, iż zaoferowany przez Państwa w ofercie system nie posiada:

- oprogramowanie musi posiadać dedykowaną aplikację do automatycznej (odroczonej) archiwizacji (backup'u) danych wideo z wybranych kamer. Musi istnieć możliwość wyboru przedziału czasowego (z dokładnością do 1 sekundy) archiwizowanego materiału, czasu uruchomienia automatycznej archiwizacji (z dokładnością do 1 sekundy);
- oprogramowanie musi posiadać dedykowaną aplikację do kasowania automatycznie zatwierdzonych (auto-acknowledged) alarmów. Po skasowaniu alarmów tego typu nadal musi istnieć możliwość ich późniejszego wyszukania i odtworzenia w systemie

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Projekcie Wykonawczym system powinien posiadać ww. dedykowane aplikacje w celu spełnienia założeń Projektu Wykonawczego. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie czy zaoferowany przez Państwa system posiada ww. oprogramowania oraz przedstawienie dokumentów, które potwierdzą, że produkt spełnia wymogi wskazanych przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym.

Ponadto, nie wskazaliście Państwo w ofercie typu aplikacji Avigilon, w związku z tym prosimy o doprecyzowanie jaki typu aplikacji wyceniliście w ofercie.

W odpowiedzi z dnia 15 stycznia 2024 r. Przystępujący oświadczył, że:

a) kabel światłowodowy ALANTEC FOK-U12J-SM-B Kod EAN: 5901738558403 spełnia wszystkie minimalne parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego wymienione w postępowaniu. W szczególności:

Parametr z Projektu Wykonawczego	Oferowany produkt spełnienie/nie spełnia wymagania (wypełnia Wykonawca)
----------------------------------	---

Elementy wytrzymałościowe otulina z włókien aramidowych	spełnia wymagania
---	-------------------

Połączenia światłowodowe pionowe należy zrealizować w oparciu o kabel światłowodowy uniwersalny OS2 min. 12J 9/125µm o konstrukcji luźniej tuby wypełnionej żelem, powłoka kabla powinna być niepalna (FRNC) i bezhalogenowa (LSZH) w kolorze żółtym, klasyfikacja ogniowa (Euroklasa):	spełnia wymagania
---	-------------------

Klasyfikacja ogniowa B2ca

Klasyfikacja ogniowa s1a,

klasyfikacja ogniowa d0,

Klasyfikacja ogniowa a1.

W załączeniu przesyłam oświadczenie producenta potwierdzającego spełnienie tych parametrów. Karta katalogowa

załączona poprzednio była w tym zakresie nieaktualna.

b) Oferowana aplikacja do zarządzania systemem CCTV to **Avigilon Control Center 7 ENTERPRISE + funkcje rozszerzające** zgodnie z przesłaną informacją w dniu 04-01-2024 w pliku Kamsys_lista_urządzeń.pdf oraz załączoną kartą katalogową pod nazwą pliku avigilon-acc72.pdf z zaznaczonym czerwonym obramowaniem wybranej wersji oprogramowania. Dodatkowo oświadczam, że zaproponowane oprogramowanie Avigilon Control Center w wersji Enterprise posiada dostępne pakiety programistyczne API oraz SDK, dzięki którym możliwa jest realizacja dodatkowych funkcjonalności. Niniejszym potwierdzam, że oferta zawiera dedykowane aplikacje do kasowania automatycznie zatwierdzonych (auto-acknowledged) alarmów, gdzie po skasowaniu alarmów będzie możliwość ich późniejszego wyszukania i odtworzenia w systemie oraz dedykowanej aplikacji do automatycznej (odroczonej) archiwizacji (backup'u) danych wideo z wybranych kamer. Aplikacja będzie miała możliwość wyboru przedziału czasowego (z dokładnością do 1 sekundy) archiwizowanego materiału, czasu uruchomienia automatycznej archiwizacji (z dokładnością do 1 sekundy).

Ponadto do odpowiedzi Przystępujący dołączył oświadczenie własne dotyczące oprogramowania Avigilon Control Center w wersji Enterprise o treści analogicznej jak powyżej.

W dniu 22 stycznia 2024 r. na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe w dniu 29 stycznia 2024 r..

Dnia 7 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 9 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował, że w wyniku samokontroli przedmiotowego postępowania zawiadamia o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 07.02.2024 r. oraz o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający zaznaczył, że jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nawet jeśli taki obowiązek nie wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął, jeśli dostrzeże, że dokonał wyboru oferty z naruszeniem prawa zamówień publicznych. Takie uprawnienie wynika z faktu, że czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu powinny zmierzać do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych.

Tego samego dnia Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dla podmiotu udostępniającego potencjał (OTUS) m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego. W odpowiedzi z dnia 16 lutego 2024 r. przedłożył m. in. informację z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) dla Pana P.G. oraz wydruk z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 13 lutego zgodnie z którym w skład zarządu wchodzi ponadto Pan M.N..

Pismem z dnia 20 lutego 2024 r. Przystępujący działając bez wezwania złożył pismo o treści: *W dniu 16.02.2024 roku zgodnie z wezwaniem z dnia 9.02.2024 złożył przez platformę dokumenty wymagane przez Zamawiającego. W związku z rozbieżnościami wobec stanu faktycznego, a wpisem w KRS informujemy, że z ramienia firmy używającej zasoby OTUS KRAJOWE CENTRUM BEZPIECZEŃSTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ do której reprezentacji wyznaczony jest zgodnie z KRS nr 0000586485 każdy członek zarządu samoistnie (samodzielnie), otrzymaliśmy dokumenty z KRK dla Pana P.G., które zostały złożone. Z uwagi na fakt, iż w dniu 15.02.2024 roku uchwałą Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników OTUS KRAJOWE CENTRUM BEZPIECZEŃSTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ został odwołany z pełnienia funkcji członka zarządu Pan M.N., w załączonych plikach były dokumenty wyłącznie Pana P.G. Prezesa Spółki, gdyż na dzień składania wyjaśnień tj 16.02.2024 był on jedynym członkiem zarządu. W załączeniu przesyłam Uchwałę z 15 lutego oraz wniosek do KRS informujący o ww zmianie.*

Dnia 22 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Art. 226 ust. 1 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub (...)

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Art. 107 ust. 2 – *Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*

Art. 128 ust. 1 pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Art. 128 ust. 4 pzp – *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Izba uznała za uzasadnione zarzuty oznaczone w odwołaniu numerami od 1 do 3. Kluczowe przy rozpatrywaniu przedmiotowych zarzutów miało ocena znaczenia oraz skutków wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na kierowane do niego pytania odnoszące się do treści SWZ. Zgodnie z treścią art. 135 ust. 1 Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Przy czym zawartość informacyjna wyjaśnień SWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SWZ, jest wiążąca w postępowaniu (tak np. w wyr. KIO z 28.1.2015 r., sygn. KIO 110/15). W tym kontekście należy również stwierdzić, iż wyjaśnienie treści SWZ, w sytuacji gdy wprowadza do dokumentacji nowe elementy, nie musi pociągać za sobą formalnej czynności Zamawiającego zatytułowanej „zmiana treści SWZ”, by za taką zmianę była uważana. Istotna jest bowiem rzeczywista treść wyjaśnień i ich charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SWZ” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2022 r. sygn. KIO 1248/22). Udzielenie odpowiedzi, ma charakter wiążący i ma wpływ na oferty wykonawców i późniejszy sposób ich oceny. Zastosowanie się do własnej odpowiedzi udzielonej wykonawcy na etapie badania i oceny złożonych ofert nie jest zależne od woli Zamawiającego i nie może być traktowane wybiórczo. Jeżeli Zamawiający w odpowiedzi na pytanie na coś zezwolił, coś dopuścił, zmienił treść jakiegoś dokumentu bądź wskazał interpretację treści warunków zamówienia, to jest tą odpowiedzią związany, nawet jeżeli formalnie nie dokona zmiany treści SWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2022 r. sygn. KIO 2310/22).

W ocenie Izby wyjaśnienia treści SWZ z dnia 23 i 28 listopada oraz 6 grudnia 2023 r. niewątpliwie zmodyfikowały wymagania Zamawiającego w odniesieniu do zakresu żądanych przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria poprzez wprowadzenie do dokumentów zamówienia wymogu złożenia kart katalogowych dla określonej grupy urządzeń. Zamawiający w treści udzielonych wyjaśnień w sposób jednoznaczny określił procedurę weryfikacji istotnych aspektów oferowanego przez wykonawców świadczenia – wskazał dla jakich urządzeń wymaga przedłożenia dokumentów (tj. kart katalogowych lub oświadczeń producenta lub dystrybutora w celu wykazania spełnienia wymogów, które nie są wymienione w kartach katalogowych), spełnianie jakich wymagań mają one potwierdzać (zgodność oferowanych urządzeń/materiałów z wymaganiami technicznymi ujętymi w dokumentacji projektowej) oraz jaki jest charakter tych dokumentów (tj. że stanowią przedmiotowe środki dowodowe), kiedy mają zostać złożone (wraz z ofertą) oraz czy będzie w stosunku do nich stosowana procedura opisana w art. 107 ust. 2 Pzp (co Zamawiający potwierdził).

Dodatkowo Zamawiający udzielając wyjaśnień każdorazowo podkreślał, że odpowiedzi i wyjaśnienia stają się integralną częścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz winny być uwzględnione przez wykonawców w trakcie

przygotowywania dokumentów do złożenia ofert w postępowaniu.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak wskazano powyżej Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych dla urządzeń i materiałów wymienionych w lit. c) odpowiedzi na pytanie nr 7 z dnia 28 listopada 2024 r. w postaci kart katalogowych, względnie – zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 9 z dnia 6 grudnia 2024 r. – oświadczeń producentów lub dystrybutorów w celu wykazania spełnienia wymogów, które nie są wymienione w kartach katalogowych. Bezsporne jest, że Przystępujący nie złożył wraz z ofertą ww. przedmiotowych środków dowodowych dla żadnego z urządzeń i materiałów, w związku z czym Zamawiający dnia 21 grudnia 2023 r. wezwał Przystępującego do ich złożenia, zgodnie z przewidzianą w dokumentach zamówienia normą wynikającą z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący w dniu 4 stycznia 2024 r. złożył przedmiotowe środki dowodowe w odniesieniu do oferowanego w niniejszym postępowaniu świadczenia.

Zgodnie z orzecnictwem Izby (m.in. wyrok z dnia 5 września 2022 r. sygn. KIO 2191/22) dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym doszło do wystąpienia wskazywanej przez Odwołującego niezgodności oferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w przedmiotowych środkach dowodowych, tj. z wymaganiami technicznymi ujętymi w dokumentacji projektowej.

Powyższe niezgodności obejmowały:

- a) posiadanie przez oferowane kable światłowodowe otuliny z włókien szklanych, co wynika wprost z treści karty katalogowej. Jest to niezgodne z wymaganiem z Projektu Wykonawczego pkt 8.2.4 Okablowanie pionowe światłowodowe (str. 14): „Elementy wytrzymałościowe otulina z włókien aramidowych” (plik PW TORWAR I TT”)
- b) w zakresie klasyfikacji ogniowej potwierdzono dla kabli światłowodowych jedynie klasę B2ca, co wynika wprost z treści karty katalogowej. Jest to niezgodne z wymaganiem z Projektu Wykonawczego pkt 8.2.4 Okablowanie pionowe światłowodowe (str. 11): „Połączenia światłowodowe pionowe należy zrealizować w oparciu o kabel światłowodowy uniwersalny OS2 min. 12J 9/125µm (...) klasyfikacja ogniowa (Euroklasa): B2ca s1a,d0,a1.” (plik PW TORWAR I TT”).

Co więcej na taką niezgodność oferty Przystępującego wskazał również sam Zamawiający w kierowanym do tego wykonawcy piśmie z dnia 10 stycznia 2024 r. w którym stwierdził, że

W toku badania ofert Zamawiający ustalił, iż :

- a) Wykonawca dołączył do oferty kartę katalogową Kabla światłowodowego FOK-U12J-SM-0(Autenti_Classic_2024-01-04_...pdf), z której wynika, iż okablowanie nie spełnia wymogów wskazanych przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym.*

Tym samym zarówno z treści dokumentów, jak i badania dokonanego przez Zamawiającego jednoznacznie wynika na czym konkretnie polega niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Konsekwencją złożenia w przedmiotowym postępowaniu przez Przystępującego w ramach procedury określonej w art. 107 ust. 2 Pzp dokumentów, które wskazywały na niezgodność treści oferty w odniesieniu wymogów określonych przez Zamawiającego była konieczność odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oferty Przystępującego jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia. Zamawiający takiej czynności zaniechał, a tym samym potwierdził się zarzut podniesiony przez Odwołującego w tym zakresie.

Analogiczny skutek tj. konieczność odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 zachodzi w sytuacji, w której złożone zostaną przedmiotowe środki dowodowe, które swoją treścią nie

potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu wystąpienie takiej sytuacji potwierdziło się w zakresie wskazanym w pkt 14 ppkt 1-7 oraz 9 Odwołania tj. w zakresie zasilacza UPS, kamer, urządzeń aktywnych sieci LAN oraz serwera CCTV. Jak słusznie wskazał Odwołujący złożone przez Przystępującego na wezwanie karty katalogowe nie potwierdzały spełniania wskazanych w odwołaniu wymogów określonych w dokumentacji projektowej, nie zawierały wymaganych informacji odnośnie tychże parametrów, jak również alternatywnie nie przedłożono oświadczeń producenta/dystrybutora w tym zakresie zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 9 z dnia 6 grudnia 2023 r. W odniesieniu do tych zarzutów nietrafna jest argumentacja Zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie, wskazująca że nie wymagała on pełnej specyfikacji dla całego zakresu, określonego w projekcie wykonawczym. Przedmiotowe naruszenia dotyczą bowiem wyłącznie urządzeń i rozwiązań które Zamawiający wprost wskazał jako wymagane w odpowiedzi na pytanie nr 7 z dnia 28 listopada 2023 r.

Nie jest również sporne, iż Przystępujący złożył w odniesieniu do tych elementów przedmiotowe środki dowodowe w postaci kart katalogowych, jednakże ich treść nie potwierdzała spełniania przez oferowane przez tego wykonawcę elementy systemu wymagań postawionych w zamówieniu, zaś Przystępujący nie złożył innych dopuszczonych w dokumentacji postępowania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków dokumentacji projektowej tj. oświadczeń producenta lub dystrybutora. O ile bowiem zgodzić się można ze stwierdzeniem Przystępującego że karty katalogowe nie są przygotowywane pod konkretny przetarg, a zatem zasadniczo także nie potwierdzają wszystkich wymaganych przez konkretnych zamawiających parametrów technicznych, to należy wskazać że sytuacja taka została w dokumentacji postępowania dostrzeżona, jak również zostało przewidziane i wskazane wykonawcom rozwiązanie tego rodzaju sytuacji. W odpowiedzi na pytanie 9 z dnia 6 grudnia 2023 r. Zamawiający wprost wskazał, że „*dopuszcza złożenie oświadczeń producentów lub dystrybutorów w celu wykazania spełnienia wymogów, które nie są wymienione w kartach katalogowych. Nie dopuszcza się oświadczeń złożonych przez Oferenta.*” Z możliwości tej Przystępujący nie skorzystał a tym samym argumentacja w tym zakresie nie podważa stawianego zarzutu odwołania, który należało uznać za słuszny.

Nie potwierdził się natomiast zarzut w zakresie kwestionowanego przez Odwołującego braku złożenia dokumentu w postaci certyfikatu Titanium Level Certified dla serwera CCTV (pkt 14 ppkt 8 odwołania). Należy wskazać, że z dokumentacji postępowania nie wynikał wymóg złożenia tego rodzaju przedmiotowego środka dowodowego, a zatem zarzut w tym zakresie był bezpodstawny.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut wskazujący na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Ocena zgodności zaoferowanych przez wykonawcę rozwiązań w tym postępowaniu odbywała się w oparciu o przedmiotowe środki dowodowe, które miały być złożone wraz z ofertą. Oczywiście jest, że ocena ta mogła się odbyć tylko w oparciu o kompletne środki dowodowe, tj. zawierające wszystkie informacje, jakie zostały wskazane przez Zamawiającego w treści SWZ.

W zakresie oprogramowania do zarządzania siecią dokumentacja postępowania stawiała wymóg, zgodnie z którym:

1oprogramowanie musi posiadać dedykowaną aplikację do automatycznej (odroczonej) archiwizacji (backup'u) danych wideo z wybranych kamer. Musi istnieć możliwość wyboru przedziału czasowego (z dokładnością do 1 sekundy) archiwizowanego materiału, czasu uruchomienia automatycznej archiwizacji (z dokładnością do 1 sekundy) – pkt 10.3 Wymagania dotyczące systemu zarządzania nadzorem wideo Projektu Wykonawczego, str. 32 (plik PW TORWAR I TT”), 2oprogramowanie musi posiadać dedykowaną aplikację do kasowania automatycznie zatwierdzonych (auto-acknowledged) alarmów. Po skasowaniu alarmów tego typu nadal musi istnieć możliwość ich późniejszego wyszukania i odtworzenia w systemie – pkt 10.3 Wymagania dotyczące systemu zarządzania nadzorem wideo Projektu Wykonawczego, str. 32 (plik PW TORWAR I TT”).

Jest bezsporne, że Przystępujący w odpowiedzi na skierowane do niego w dniu 21 grudnia 2023 r. wezwanie w trybie art. 107 ust. 2 Pzp w zakresie tych elementów w wyznaczonym terminie nie przedłożył kart katalogowych czy też innych, dopuszczonych przez Zamawiającego, dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania wymagań. Potwierdził to również sam Zamawiający w piśmie z dnia 10 stycznia 2024 r. wskazując, że w toku badania ofert ustalił, iż zaoferowany przez Przystępującego w ofercie system nie posiada ww. oprogramowania.

W ocenie Izby okoliczność ta winna być zakwalifikowana przez Zamawiającego jako wypełniająca dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp a w konsekwencji zaniechanie jego zastosowania w okolicznościach przedmiotowego

postępowania o zamówienie stanowiło naruszenie przepisów mające istotny wpływ na wynik postępowania i zarzut należało uznać za zasadny.

Izba w świetle powyższego uznała za zasadny również zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp. Zgodnie z treścią art. 107 ust. 1 Pzp jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Stosownie zaś do treści ust. 2 jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jak wskazywała wielokrotnie Izba (m.in. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 sierpnia 2022 r. KIO/KD 24/22) w art. 107 ust. 1 Pzp ustawodawca przesądził, że w przypadku żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca ma obowiązek złożyć je wraz z ofertą („wykonawca składa je wraz z ofertą”). Tym samym nie jest tak, że wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe dopiero na wezwanie Zamawiającego. Zatem dyspozycja art. 107 ust. 2 Pzp, w której ustawodawca dopuścił możliwość wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub do ich uzupełnienia dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub gdy złożone z ofertą przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne.

W przedmiotowej sprawie bezspornie wykonawca nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, w związku z czym Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2024 r. Przystępujący odpowiedź na wezwanie wraz z przedmiotowymi środkami dowodowymi złożył w dniu 4 stycznia 2024 r. W dalszej kolejności Zamawiający skierował do Przystępującego pismo z dnia 10 stycznia 2024 r. w którym wskazał, że w toku badania ofert Zamawiający ustalił, iż Przystępujący dołączył do oferty kartę katalogową Kabla światłowodowego FOK-U12J-SM-0(Autenti_Classic_2024-01-04_...pdf), z której wynika, iż okablowanie nie spełnia wymogów wskazanych przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym.

W związku z powyższym Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień, czy zaoferowany i wyceniony w ofercie produkt, odpowiada wymaganiom wskazanym w Projekcie Wykonawczym przez Zamawiającego, a ponadto o przedstawienie dokumentu jakościowego, z którego będzie wynikało, iż skazany przez Państwa produkt - Kabel światłowodowy FOK-U12J-SM-0(Autenti_Classic_2024-01-04_.pdf), spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego wskazane w Projekcie Wykonawczym.

W tym samym piśmie Zamawiający w zakresie systemu Avigilon ustalił, iż zaoferowany przez Państwa w ofercie system nie posiada dedykowanej aplikacji do automatycznej (odroczonej) archiwizacji (backup'u) danych wideo z wybranych kamer oraz dedykowanej aplikacji do kasowania automatycznie zatwierdzonych (auto-acknowledged) alarmów.

Następnie Zamawiający podkreślił, że zgodnie z wymaganiami określonymi w Projekcie Wykonawczym system powinien posiadać ww. dedykowane aplikacje. w celu spełnienia założeń Projektu Wykonawczego w związku z czym poprosił o wyjaśnienie czy zaoferowany przez Państwa system posiada ww. oprogramowania oraz przedstawienie dokumentów, które potwierdzą, że produkt spełnia wymogi wskazanych przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym.

Przystępujący w odpowiedzi z dnia 15 stycznia 2024 r. Przystępujący oświadczył, że kabel światłowodowy ALANTEC FOK-U12J-SM-B Kod EAN: 5901738558403 spełnia wszystkie minimalne parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego wymienione w postępowaniu oraz w załączeniu przesłał oświadczenie producenta potwierdzającego spełnienie tych parametrów, wskazując jednocześnie że karta katalogowa załączona poprzednio była w tym zakresie nieaktualna. Ponadto Przystępujący oświadczył, że oferowana aplikacja do zarządzania systemem CCTV to Avigilon Control Center 7 ENTERPRISE + funkcje rozszerzające oraz że zaproponowane oprogramowanie Avigilon Control Center w wersji Enterprise posiada dostępne pakiety programistyczne API oraz SDK, dzięki którym możliwa jest realizacja dodatkowych funkcjonalności. Przystępujący oświadczył, że potwierdza, że oferta zawiera dedykowane aplikacje do kasowania automatycznie zatwierdzonych (auto-acknowledged) alarmów, gdzie po skasowaniu alarmów będzie możliwość ich późniejszego wyszukania i odtworzenia w systemie oraz dedykowanej aplikacji do automatycznej (odroczonej) archiwizacji (backup'u) danych wideo z wybranych kamer, a także że aplikacja będzie miała możliwość wyboru przedziału czasowego (z dokładnością do 1 sekundy) archiwizowanego materiału, czasu uruchomienia automatycznej archiwizacji (z dokładnością do 1 sekundy).

W ocenie Izby powyższe działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 107 ust. 2 Pzp. Skład orzekający w niniejszej sprawie przychylił się do wyrażonego w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 sierpnia 2022 r. KIO/KD 24/22 poglądu że wykonawca, który nie składa wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych naraża się na ryzyko odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy w odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp złoży przedmiotowe środki dowodowe, które są niekompletne. Taka

sytuacja miała miejsce w tym postępowaniu. Nie ma bowiem w takiej sytuacji możliwości do wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, ponieważ byłoby to złamaniem zasad postępowania.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego jakoby wezwanie Przystępującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień, w warunkach niniejszej sprawy realizowane było na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp i w żaden sposób nie naruszało zasady uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zarówno tych, o których mowa w art. 107 ust. 2 Pzp, ani tych, wynikających z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c Pzp. W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że przepis art. 223 ust. 1 Pzp nie został w treści pisma kierowanego do Przystępującego z dnia 10 stycznia 2024 r. Niezależnie jednak od tego, nawet gdyby taki został przywołany, to należy uznać że takie działanie stanowiło próbę obejścia konsekwentnie od lat wyrażanej w orzecznictwie Izby zasady jednokrotnego wezwania do złożenia lub uzupełnienia zarówno podmiotowych jak i przedmiotowych środków dowodowych wywodzoną z zasad zamówień publicznych wskazanych w treści art. 16 Pzp. Postępowanie Zamawiającego narusza zasadę przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców, przez nieuprawnione stworzenie dla Przystępującego dodatkowej szansy w postaci kolejnego, nieuprawnionego w świetle art. 107 ust. 2 w zw. z ust. 1 Pzp wezwania do uzupełnienia braków złożonych na pierwsze wezwanie przedmiotowych środków dowodowych. Taki zaś charakter w ocenie Izby miało pismo Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2024 r. i tym samym za uzasadniony należało uznać zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp.

Za nieuzasadniony uznała Izba zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu podniósł w odwołaniu, iż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby (tj. OTUS Krajowe Centrum Bezpieczeństwa sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie; dalej „OTUS”) Przystępujący nie złożył w wyznaczonym terminie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana M.N.. W ocenie Odwołującego złożenie takiego dokumentu było wymagane z uwagi na fakt, że osoba ta po terminie składania ofert pełniła funkcję członka zarządu firmy OTUS, jak również z uwagi na fakt, że była ujawniona w przekazanym wraz z uzupełnieniem dokumentów wydruku z Krajowego Rejestru Sądowego tego podmiotu.

Podmiotowe środki dowodowe, które mają potwierdzić brak podstaw wykluczenia, składane na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazuje na to wprost brzmienie ww. przepisu („Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”). Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych „aktualnych na dzień złożenia.” Podmiotowe środki dowodowe na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw wykluczenia na moment ich złożenia, tj. w czasie teraźniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego.

Izba podziela stanowisko wyrażone m.in. w wyroku z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 685/19, gdzie zwrócono uwagę, iż „w obecnie obowiązującym stanie prawnym intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, jest ocena sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ponadto zamawiający posiada uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania.” Wystarczające jest zatem obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu potwierdzającego stan istniejący w chwili jego składania. Złożone przez Przystępującego na wezwanie z dnia 9 lutego 2024 r. dokumenty dotyczące niekaralności urzędujących członków organów (tj. Pana P.G.) potwierdzają stan istniejący w chwili złożenia tych dokumentów, a zarazem nie podważają okoliczności istnienia braku podstaw wykluczenia, co do której Przystępujący złożył wcześniej oświadczenie wstępne.

Dodać należy za wyrokiem Izby z dnia 31 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 10/20, 16/20), iż normalną i nieuniknioną praktyką biznesową są zmiany osób wchodzących w skład organów zarządzających czy prokurentów. W ocenie Izby w sytuacji, gdy skład ten uległ zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, decydujące znaczenie ma stan istniejący w chwili składania dokumentów mających potwierdzać brak podstaw do wykluczenia. Oświadczenia i dokumenty są aktualne wtedy, kiedy potwierdzają stan istniejący na moment ich złożenia, przy czym mogą być wystawione z datą wcześniejszą, z zastrzeżeniem zachowania warunków wynikających z Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zwrócić należy także uwagę na brzmienie samego art. 108 ustawy Pzp, który odnosi się do „urzędujących” członków organów zarządzających, komplementariuszy czy prokurentów. W tym zakresie podzielić należy stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 4 września 2019 r., sygn. akt KIO 1796/19, gdzie wyjaśniono, iż „*Ustawa jednoznacznie wskazuje na „urzędującego*

członka organu”, a więc wymóg wykazania niekaralności nie dotyczy członka organu, który złożył rezygnację. Jeżeli na dzień uzupełnienia dokumentów członek zarządu złożył rezygnację, nie ma podstaw do oczekiwania, że wykonawca złoży wówczas informację z KRK dotyczącą tej osoby. Wbrew argumentacji Odwołującego, nie pozwala to na dowolną wymianę członków zarządu w trakcie postępowania, jeżeli zostaną prawomocnie skazani - wykonawca ma nie podlegać wykluczeniu przez cały okres od momentu złożenia ofertą. Wykonawca składa oświadczenie, że spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu przez cały okres związania ofertą, od momentu jej złożenia.”

W konsekwencji w okolicznościach niniejszej sprawy w sytuacji w której Pan M.N., w momencie składania przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 lutego 2024 r., nie pełnił już funkcji członka zarządu w firmie OTUS z uwagi na jego odwołanie tej funkcji przed wyznaczonym terminem uzupełnienia dokumentów, to brak było obowiązku po stronie Przystępującego do złożenia dokumentu, odnoszącego się do niekaralności ww. osoby.

Jednocześnie w ocenie Izby niezasadne było wywodzenie obowiązku złożenia przedmiotowego dokumentu z faktu ujawnienia danej osoby w wydruku z Krajowego Rejestru Sądowego (dalej „KRS”). Jak słusznie wskazywał w tym zakresie Zamawiający zmiany podlegające zgłoszeniu do rejestru zgłasza się zgodnie z art. 22 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2023 r. poz. 685, ze zm.) w terminie 7 dni od dnia zdarzenia wywołującego konieczność zgłoszenia zmian, przy czym termin ten ma charakter instrukcyjny. Samo zaś domniemanie wynikające z informacji zawartej w wydruku z rejestru można obalić, w szczególności przedkładając dokument, z którego wynika zaistnienie określonego zdarzenia. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdyż w odniesieniu do Pana M.N. Przystępujący złożył w dniu 20 lutego 2024 r. pismo wskazujące na rozbieżności pomiędzy danymi ujawnionymi w KRS, a stanem faktycznym wraz z dokumentami potwierdzającymi odwołanie Pana M.N. z funkcji członka zarządu firmy OTUS, z których wynikało że na dzień składania ofert osoba ta nie była urzędującym członkiem zarządu w rozumieniu art. 108 Pzp. Samodzielne złożenie ww. dokumentów przez Przystępującego pozostaje bez wpływu na dokonane ustalenie, gdyż stan faktyczny, wynikający ze złożonych dokumentów z dnia 16.02.2024 r. nie uległ zmianie tj. w tym dniu jedynym członkiem zarządu firmy OTUS był Pan P.G. i jedynie wobec niego Przystępujący był zobowiązany złożyć odpowiednie podmiotowe środki dowodowe, w tym zaświadczenie z KRK.

Odwołujący zarzut nieprzedłożenia informacji z KRK dla Pana M.N. opierał również na tym, że w jego ocenie w dniu złożenia podmiotowych Pan M.N. pełnił funkcję członka zarządu firmy OTUS, gdyż skutek uchwały nastąpił z upływem dnia 16 lutego 2024 r. Twierdzenie takie Odwołujący opierał na treści § 1 uchwały nr 2 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników firmy OTUS z dnia 15 lutego 2024 r. w którym wskazano, że „*niniejszym odwołuje z dniem 16 lutego 2024r. z funkcji członka zarządu Pana M.N.*” oraz brzmieniu art. 2 Kodeksu spółek handlowych który w sprawach nieuregulowanych odsyła do przepisów kodeksu cywilnego, w tym przypadku Odwołujący wskazał na art. 111 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Powyższe stanowisko nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy wskazać, że uchwała w § 2 ust. 2 stanowiła, że wchodzi w życie z dniem jej podjęcia tj. z dniem 15 lutego 2024 r. Po drugie zaś jak słusznie wskazał w tym zakresie Przystępujący uchwała nie oznaczała dla przedmiotowego odwołania terminu liczonego w dniach, lecz wskazywała konkretną datę odwołania. W świetle powyższych okoliczności twierdzenia podnoszone przez Odwołującego należy uznać za nieudowodnione, zaś zarzut podlegał oddaleniu.

Za nieudowodniony uznała również Izba zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.”). W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Mając na uwadze że Odwołujący nie wskazał żadnego z czynów wymienionych w otwartym katalogu należy przyjąć, iż badanie zachowania Przystępującego winno zostać poddane ocenie według przesłanek określonych w art. 3 tej ustawy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym. Powyższe oznacza, że aby działanie przedsiębiorcy mogło być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, to muszą być kumulatywnie

spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze działanie przedsiębiorcy musi być podjęte w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą. Po drugie czyn przedsiębiorcy musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Po trzecie działanie przedsiębiorcy musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący, na którym w powyższym zakresie spoczywał ciężar dowodu w myśl art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązkowi dowodowemu w zakresie wykazania ww. przesłanek nie sprostał. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał, aby działanie Przystępującego było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Za działanie takie nie można bowiem uznać wykorzystania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznej informacji i danych uzyskanych w związku z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych – czy to wcześniejszych, czy to bieżących. Odwołujący nie wykazał przy tym, aby informacje te zostały uzyskane w sposób niezgodny z prawem.

Nie potwierdziło się również twierdzenie Odwołującego o kopiowaniu jego oferty, gdyż jak sam wskazał oferta Przystępującego w części różni się od oferty złożonej przez Odwołującego. Nie stanowią również w ocenie Izby sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami próby kontaktu ze strony Przystępującego z dostawcami poszczególnych rodzajów urządzeń. Nie można bowiem odbierać innym podmiotom możliwości podejmowania w ramach prowadzonej działalności gospodarczej próby nawiązania kontaktów handlowych z podmiotami trzecimi czy też uzyskania od takich podmiotów świadczeń, produktów lub informacji o produktach zgodnych z wymaganiami jakich dany podmiot poszukuje na rynku. W realiach przedmiotowej sprawy ma to o tyle istotne znaczenie, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia oraz charakterystykę rynku zakres możliwych do zaoferowania rozwiązań jest istotnie ograniczony, na co wskazywał Przystępujący przedstawiając zestawienie urządzeń i rozwiązań zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców. Odnosnie zaś podnoszonej kwestii momentu w którym próby takie są podejmowane tj. po terminie składania ofert, to należy zauważyć iż działanie takie również nie jest zabronione przez przepisy, a w dalszej kolejności może się wiązać z istotnym ryzykiem obejmującym np. brak możliwości uzyskania oczekiwanego świadczenia, produktu czy też dokumentu i nie jest jednoznaczne z uzyskaniem w sposób nieuprawniony przewagi konkurencyjnej, czy też stworzeniem swym zachowaniem zagrożenia lub naruszenia interesu innego podmiotu. W tym ostatnim zakresie Odwołujący nie przedstawił – poza ogólnymi stwierdzeniami odnoszącymi się do oceny zachowania Przystępującego – jakichkolwiek konkretnych okoliczności potwierdzających naruszenie lub zagrożenie dla naruszenia jego interesu. Powyższe przesądza, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 pkt 7 ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku z rozdziału VIII podrozdział I ust. 1 pkt 2) lit. d) o treści:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej: 2 zamówienia polegające na wykonaniu systemu telewizji dozorowej o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 zł brutto każda.

Na potwierdzenie jego spełniania Przystępujący złożył dnia wykaz robót obejmujący doświadczenie własne, obejmujące realizację zamówienia na rzecz Centrum Szkolenia Policji w Legionowie oraz doświadczenie innego podmiotu – tj. firmy OTUS wraz z referencją wystawioną przez firmę Novago na rzecz OTUS.

Jak słusznie podniósł Odwołujący z dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynika, aby Przystępujący polegał na potencjale OTUS w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania referencyjnych zamówień. W zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia z dnia 11 grudnia 2023 r. firma OTUS jednoznacznie oświadcza, że oddaje Przystępującemu do dyspozycji w trakcie realizacji zamówienia niezbędne zasoby:

- dwie osoby: instalator/serwisant

na potrzeby wykonania ww. zamówienia: „Wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej w obiekcie Torwar Iw Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a”.

Sposób wykorzystania ww. zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia:

- okablowanie i spawanie światłowodów.

W ocenie Izby taka treść zobowiązania oraz innych dokumentów złożonych przez Przystępującego wskazuje jednoznacznie, że na etapie składania ofert powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie warunku opisanego w rozdziale VIII podrozdział I

ust. 2 SWZ, w którym Zamawiający określił, że Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje następującymi osobami:

1) co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą uprawnienia do kierowania i nadzorowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;

2) co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. Nr 89, poz. 828 ze zm.) potwierdzone świadectwem kwalifikacyjnym uprawnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno – pomiarowym:

- urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV,

- aparatury kontrolno-pomiarowej oraz urządzeń i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV;

3) co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. Nr 89, poz. 828 ze zm.) potwierdzone świadectwem kwalifikacyjnym uprawnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno – pomiarowym:

- urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV,

- aparatury kontrolno-pomiarowej oraz urządzeń i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV; Nr zamówienia: NZ/P/26/2023

4) co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego oraz legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczania technicznego wystawioną przez przedsiębiorcę wykonującego działalność gospodarczą w zakresie ochrony osób i mienia zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1432).

Tym samym złożenie w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 stycznia 2024 r. wykazu robót oraz referencji wystawionych na rzecz podmiotu OTUS należy uznać za sprzeczne z jednoznacznym brzmieniem art. 123 Pzp. W świetle art. 123 Prawa zamówień publicznych uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ww. ustawy, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów. Nieuzasadnione jest stanowisko Zamawiającego jakoby zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia wynikało z oświadczenia Przystępującego zawartego w Formularzu ofertowym, wskazującym, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, zaś zobowiązanie OTUS do udostępnienia zasobów na rzecz Przystępującego wskazuje na oddanie wskazanych w zobowiązaniu osób do realizacji zamówienia w zakresie podwykonawstwa oznaczonych prac w postaci okablowania i spawania światłowodów.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 r. sygn. KIO 510/22 należy wskazać, że zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie. Podkreślić w tym miejscu należy, że to wykonawca - jako podmiot profesjonalny - ponosi odpowiedzialność za prawidłowe i odpowiadające wymaganiom SWZ i Pzp złożenie wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, w tym ich jednoznaczność i precyzyjność. Jeżeli w oświadczeniu podmiotu trzeciego nie opisano to Przystępującego obciążają konsekwencje, jakie wiążą się z wynikającą z dokumentów załączonych do oferty

deklaracją korzystania z zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie dwóch osób. Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów. Z art. 123 Pzp wprost wynika, że wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach tych podmiotów. W konsekwencji podmiotowe środki dowodowe (wykaz robót) złożone na wezwanie Zamawiającego z art. 274 ust. 1 Pzp, nie potwierdzało spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania co najmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu systemu telewizji dozorowej o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 zł brutto każda.

W tej sytuacji brak wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 Pzp pomimo, że dokumenty podmiotowe złożone przez tego wykonawcę są niekompletne, zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu skutkowało naruszeniem mającym istotny wpływ na wynik postępowania tj. wyborem oferty z naruszeniem art. 239 Pzp. Tym samym stawiany w odwołaniu zarzut potwierdził się i zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu robót w zakresie zamówienia obejmującego rozbudowę monitoringu wizyjnego CCTV na rzecz Centrum Szkolenia Policji w Legionowie. W odniesieniu do przedmiotowej realizacji Odwołujący ograniczył się do gołosłownych twierdzeń, niepopartych jakimikolwiek dowodami, jakoby rozbudowa mogła być dokonana w węższym zakresie, niż stanowi treść warunku, bowiem rozbudowa nie musi polegać na wykonaniu systemu, zaś wartość podana w wykazie dotyczy całego zadania inwestycyjnego, które niewątpliwie zawierało elementy wykraczające poza treść warunku udziału w postępowaniu tj. modernizacja oświetlenia osi strzeleckich. Odwołujący pomimo wskazania, że zakres ten ewidentnie nie stanowi wykonania systemu telewizji dozorowej, więc jego wartość nie może zostać zaliczona na potrzeby wykazania spełnienia warunku, nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie stawianych twierdzeń. Wobec powyższego Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegało dziewięć zarzutów. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie zarzutów 1, 2, 3, 6, 8 oraz 9. W związku z tym kosztami postępowania obciążono odwołującego w części 1/3 oraz zamawiającego w części 2/3.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: