

WYROK

z dnia 11 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Członkowie: Marek Bienias

Anna Wojciechowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 r. przez **wykonawcę TELBUD S.A. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie**

przy udziale:

- wykonawcy **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- wykonawcy **T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od TELBUD S.A. z siedzibą w Poznaniu na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 3522/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę zabezpieczenia granicy państwowej z Białorusią na odcinku rzeki Bug w Nadburzańskim Oddziale Straży Granicznej” (numer referencyjny postępowania: 51/BF/SG/23). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 września 2023 r. pod nr 2023/S 181-565953

Dnia 24 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca TELBUD S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”). Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego wynikających z pisma przekazanego dnia 14 listopada 2023 r., polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Lidera Konsorcjum) i Ostoya-DataSystem Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (członka Konsorcjum), zwanymi dalej "Konsorcjum ELEKTROTIM",

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum ELEKTROTIM,

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanym dalej „SPRINT”,

- a w konsekwencji, zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Konsorcjum ELEKTROTIM i wybór te¿e oferty jako najkorzystniejszej, mimo i¿ treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z przepisami i warunkami zamówienia,

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy SPRINT, mimo i¿ treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z przepisami i warunkami zamówienia,

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Konsorcjum ELEKTROTIM i wybór te¿e oferty jako najkorzystniejszej, mimo i¿ oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy SPRINT, mimo i¿ oferta została złożona w

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

5)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która w świetle kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą,

6)art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum ELEKTROTIM oraz oferty wykonawcy SPRINT, jak również wyborem oferty wykonawcy Konsorcjum ELEKTROTIM jak najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ELEKTROTIM jako oferty najkorzystniejszej,

2)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ELEKTROTIM,

3)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SPRINT,

4)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej,

5)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wnosił również o przeprowadzenie dowodów z:

-przedstawionych przez niego dokumentów i wydruków;

-opinii biegłego z dziedziny teleinformatyki (ICT) i elektroniki celem wykazania, że ze względu na specyfikę urządzeń elektronicznych i informatycznych, w szczególności: kamer termowizyjnych, kamer dziwno-nocnych, serwerów, macierzy dyskowych oraz przełączników sieciowych, ich producenci nie oferują dłuższej gwarancji niż 7 lat, a także celem wykazania braku wsparcia ze strony producentów urządzeń po upływie tego terminu i wiążących się z tym zagrożeń w zakresie bezpieczeństwa oprogramowania (cyberbezpieczeństwa).

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, ponieważ posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na jego realizację. Oferta Odwołującego znalazła się na trzecim miejscu. Odrzucenie ofert wykonawców: Konsorcjum ELEKTROTIM oraz SPRINT spowodowałoby, i oferta Odwołującego znalazłaby się na pierwszym miejscu i - jako niepodlegająca odrzuceniu - winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniesie zatem szkodę, wynikającą z utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a w efekcie - utraty możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utraty możliwości uzyskania referencji.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 14 listopada 2023r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 24 listopada 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z przepisami ustawy”, a stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie w pkt IV („Opis przedmiotu zamówienia”) ppkt 7 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) Zamawiający wskazał, że „Jeżeli Wykonawca przewiduje udział podwykonawców w realizacji zamówienia wówczas jest on zobowiązany do wskazania w ofercie zakresu prac, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom oraz do podania nazw podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani (art. 409 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wykonanie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 509 ust. 3 ustawy Pzp). Osoby skierowane przez Wykonawcę do realizacji części (zakresu) zamówienia, które wymaga posiadania kwalifikacji zawodowych i uprawnień wymaganych przez Zamawiającego będą posiadały te kwalifikacje i uprawnienia”. Zamawiający skorzystał z przyznanego mu przez ustawodawcę w art. 409 ustawy Pzp uprawnienia do zażądania od wykonawców wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani.

Odwołujący wskazał, że jeżeli Zamawiający zażądał (zgodnie z art. 409 ustawy Pzp) wskazania części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo - to dane te powinny być wskazane już w ofercie, a nie dopiero na etapie realizacji. Trzeba przy tym wyraźnie odróżnić szczególną regulację art. 409 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (dotyczącą zamówień z dziedzin obronności i bezpieczeństwa, stanowiącą odpowiednik art. art. 131g ust. 3 pkt 1 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z 2004 r.) od regulacji art. 462 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego art. 409 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie wskazuje na „zamiar” powierzenia, ale wymaga złożenia w ofercie stanowczego oświadczenia o powierzeniu konkretnym (wymienionym z nazwy) podwykonawcom konkretnego zakresu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wykonawca SPRINT załączył co prawda do oferty oświadczenie, w którym wskazał części zamówienia (zakres prac), które „zamierza powierzyć” podwykonawcy, jednak nie podał nazw tychże podwykonawców, wskazując, iż „na etapie składania oferty lista podwykonawców nie jest znana”. Z kolei wykonawca Konsorcjum ELEKTROTIM w ogóle nie wskazał żadnych podwykonawców ani zakresu powierzonych im do realizacji części zamówienia, mimo iż niewątpliwie zdaniem Odwołującego będzie z takich podwykonawców w toku realizacji zamówienia korzystać.

Odwołujący zwrócił uwagę na pytanie nr 54: „W SWZ w pkt. IV.7. Zamawiający wymaga podania nazw podwykonawców, których udział w realizacji zamówienia jest przewidywany przez Wykonawcę. Zgodnie z treścią Umowy § 14 ust. 7. Wykonawca zobowiązany jest do doręczenia Inwestorowi projektu umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy i usługi. Czy w związku z tym Zamawiający wymaga, aby w ofercie przetargowej wskazać także dostawców podsystemów bariery elektronicznej?” W odpowiedzi Zamawiający wskazał, że „wymaga wskazania podwykonawców wyłączanie w przypadku zamiaru powierzenia części Zadania w zakresie robót budowlanych a także prac będących przedmiotem umów o dzieło, dostawę lub świadczenie usług, których wykonanie stanowi składnik bariery elektronicznej wykonywanej przez Wykonawcę w ramach realizowanych przez niego robót budowlanych”. Odwołujący wskazał również na pytanie nr 56: „Prosimy o informację czy postanowienie § 14 ust. 8 pkt 10) Umowy (przesłanka do sprzeciwu Zamawiającego wobec zawarcia umowy z podwykonawcą) dotyczy także dostawców materiałów? Wykonawca wyraża

obawę przed sytuacją, w której cena ofertowa skalkulowana zostanie w oparciu o konkretny produkt, którego zakup zostanie potem uniemożliwiony w wyniku sprzeciwu Zamawiającego wobec współpracy z jego producentem". W ramach odpowiedzi na to pytanie Zamawiający poinformował, że „§ 14 ust. 8 pkt 10) Umowy dotyczy wszystkich przypadków zamiaru powierzenia podwykonawcy wykonania części Zadania w zakresie robót budowlanych a także prac będących przedmiotem umów o dzieło, dostawę lub świadczenie usług, których wykonanie stanowi składnik bariery elektronicznej wykonywanej przez Wykonawcę w ramach realizowanych przez niego robót budowlanych”.

W ocenie Odwołującego bezsprzecznie Konsorcjum ELEKTROTIM będzie korzystał w toku realizacji zamówienia z podwykonawców, choćby w zakresie zakupu i dostaw czujników, urządzeń, wyposażenia, słupów (o których mowa w opisie przedmiotu zamówienia - pkt 11.1.5 ogłoszenia oraz w Szczegółowych Wymaganiach Techniczno-Funkcjonalno-Użytkowych stanowiących załącznik do SWZ). Konsorcjum ELEKTROTIM nie jest bowiem producentem czujników, w tym kamer termowizyjnych i kamer dzienno- nocnych, słupów, przełączników sieciowych czy też serwerów. Analogiczna sytuacja zdaniem Odwołującego ma miejsce w przypadku wykonawcy SPRINT, który w swoim oświadczeniu załączonym do oferty nie tylko nie podał nazw podwykonawców, ale także nie wykazał podwykonawców w zakresie dostaw. Podobnie jak ELEKTROTIM, SPRINT nie jest producentem kamer, słupów, przełączników sieciowych, czy serwerów, w toku realizacji zadania będzie zatem zmuszony także w tym zakresie korzystał z podwykonawców.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego zarówno oferta wykonawcy Konsorcjum ELEKTROTIM, który w ogóle nie wskazał podwykonawców - ani ich nazw, ani części zamówienia, które im powierzy - mimo iż niewątpliwie będzie z nich korzystał przy realizacji zamówienia, jak i oferta wykonawcy SPRINT, który wskazał części zamówienia, które „zamierza powierzyć” podwykonawcy (choć i tak w sposób niepełny), jednak nie podał nazw tychże podwykonawców, winny zostać odrzucone przez Zamawiającego, jako niezgodne z warunkami zamówienia (pkt IV ppkt 7 SWZ).

Odwołujący wskazał, że 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”. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ELEKTROTIM zaoferował okres gwarancji o długości 109 miesięcy (tj 9 lat i 1 miesiąc), a wykonawca SPRINT - okres gwarancji o długości 122 miesięcy (10 lat i 2 miesiące). Tak długi okres gwarancji według Odwołującego jest nierealny, nieprzystający do warunków rynkowych i oderwany od rzeczywistych możliwości wykonawcy, mając na uwadze specyfikę i przedmiot niniejszego zamówienia, którego istotną część stanowi dostawa urządzeń elektronicznych i informatycznych (IT), w szczególności: kamer termowizyjnych, kamer dzienno-nocnych, serwerów, macierzy dyskowych oraz przełączników sieciowych. Odwołujący zauważył, że ze względu na specyfikę powyższych urządzeń, ich producenci nie oferują dłuższej gwarancji niż 7 lat od daty zakupu. Po pierwsze, długość oferowanej przez producentów gwarancji związana jest z żywotnością sprzętu informatycznego (IT). Po drugie, na długość oferowanej gwarancji wpływ ma również postęp technologiczny i wynikający z niego fakt starzenia się technologii wykorzystywanej do już wprowadzonych na rynek rozwiązań. Technologia zastępowana jest sukcesywnie, w coraz szybszym tempie, nowszą, bardziej wydajną. Odwołujący wskazał, że ani wykonawca Konsorcjum ELEKTROTIM ani SPRINT nie oferowali dotychczas na rynku takich warunków gwarancji, jak w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wskazał na zamiar sztucznego zawyżenia punktacji, którą ci wykonawcy spodziewali się uzyskać w kryterium „okres gwarancji”. Zachowanie to jednocześnie uniemożliwia zdaniem Odwołującego uzyskanie zamówienia innym wykonawcom (w szczególności Odwołującemu), którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres. Zaoferowanie nierealnej (zbyt długiej), nieprzystającej do sytuacji rynkowej i oderwanej od rzeczywistych możliwości wykonawcy długości gwarancji stanowi w ocenie Odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami oraz jednocześnie narusza interesy innych przedsiębiorców (uniemożliwiają lub co najmniej utrudniając im uzyskanie zamówienia), a także samego Zamawiającego (stwarzając udzieloną gwarancję na tak długi okres iluzoryczną i pozorną, albowiem nie znajdującą odzwierciedlenia w rzeczywistości).

W dniu 5 grudnia 2023 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny teleinformatyki (ICT) i elektroniki celem wykazania, że ze względu na specyfikę urządzeń elektronicznych i informatycznych, w szczególności: kamer termowizyjnych, kamer dzienno-nocnych, serwerów, macierzy dyskowych oraz przełączników sieciowych, ich producenci nie oferują dłuższej gwarancji niż 7 lat, a także celem wykazania braku wsparcia ze strony producentów urządzeń po upływie tego terminu i wiążących się z tym zagrożeń w zakresie bezpieczeństwa oprogramowania (cyberbezpieczeństwa) Izba postanowiła oddalić ten wniosek, z uwagi na to, że zmierza on do przedłużenia postępowania. Izba stwierdziła, że jest w stanie rozstrzygnąć spór na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego albowiem przystąpienie nie zostało zgłoszone przez uprawniony podmiot, a spółka ELEKTROTIM S.A. nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpiła, tj. do Zamawiającego. Izba postanowiła uwzględnić opozycję zgłoszoną przez Odwołującego z uwagi na to, że przystąpienie zostało zgłoszone przez ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu, a nie przez konsorcjum podmiotów ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Lidera Konsorcjum) i Ostoya-DataSystem Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. ELEKTROTIM S.A. samodzielnie nie posiada interesu w uzyskaniu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, taki interes mogłoby posiadać konsorcjum, w ramach którego ELEKTROTIM S.A. występował w

postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił również wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego. Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, pisma procesowego złożonego przez Konsorcjum ELEKTROTIM wraz z załącznikami, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego stanowiska w nitr przedstawionego za własne, jak również w zakresie dotyczącym punktu III pisma procesowego Odwołującego z dnia 7 grudnia 2023 r., pisma procesowego złożonego przez SPRINT wraz z załącznikami, pisma procesowego Odwołującego z dnia 7 grudnia 2023 r., dowodów przedstawionych na posiedzeniu przez Odwołującego oraz dowodów przedstawionych na posiedzeniu przez SPRINT.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę zabezpieczenia granicy państwowej z Białorusią na odcinku rzeki Bug w Nadburzańskim Oddziale Straży Granicznej”. Oferty złożyło 4 wykonawców – Odwołujący, SPRINT, Konsorcjum ELEKTROTIM oraz T4B Sp. z o.o. W dniu 14 listopada 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum ELEKTROTIM. Kolejne pozycje zajęli: SPRINT, Odwołujący, T4B Sp. z o.o. W dniu 24 listopada 2023 r. odwołanie złożył wykonawca TELBUD S.A. z siedzibą w Poznaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów wskazując, że oferty Konsorcjum ELEKTROTIM oraz SPRINT powinny zostać odrzucone, jako niezgodne z przepisami i warunkami zamówienia oraz jako złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podnosił, że wykonawcy ci byli zobowiązani do wskazania w ofercie zakresu prac, które zamierzają powierzyć podwykonawcom do podania nazw podwykonawców. SPRINT załączył do oferty oświadczenie, w którym wskazał części zamówienia (zakres prac), które zamierza powierzyć podwykonawcy, jednak nie podał nazw tychże podwykonawców, wskazując, iż „na etapie składania oferty lista podwykonawców nie jest znana”. Konsorcjum ELEKTROTIM nie wskazał żadnych podwykonawców ani zakresu powierzonych im do realizacji części zamówienia. W pozacenowym kryterium oceny ofert Konsorcjum ELEKTROTIM zaferował okres gwarancji o długości 109 miesięcy (tj. 9 lat i 1 miesiąc), wykonawca SPRINT - okres gwarancji o długości 122 miesięcy (10 lat i 2 miesiące). Tak długi okres gwarancji według Odwołującego jest nierealny, a w związku z tym oferty tych wykonawców zostały złożone w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie ofert Konsorcjum ELEKTROTIM oraz SPRINT oraz tego, czy oferty złożone przez tych wykonawców były zgodne z przepisami i warunkami zamówienia, jak również czy nie zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk.

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 Izba podziela stanowisko SPRINT, że dokonując wykładni normy prawnej należy brać pod uwagę nie tylko wykładnię literalną, ale również historyczną, systemową i funkcjonalną. Należy zauważyć, że w art. 409 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp faktycznie nie wskazano, że wykonawca powinien wskazać podwykonawców, którzy są mu znani. Jednak przepis ten należy czytać i interpretować mając na uwadze pozostałe przepisy ustawy Pzp. Poza art. 462 ust. 2 ustawy Pzp należy zwrócić również uwagę na art. 407 pkt 1 lit. c) odnoszący się do zamówień obejmujących informacje niejawne. Wskazano tam na możliwość żądania przez Zamawiającego informacji dotyczących znanych podwykonawców. Mając na uwadze powyższe racjonalne wydaje się przyjęcie, że również w przedmiotowej sprawie Zamawiający w oparciu o art. 409 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp mógł żądać informacji dotyczących podwykonawców, a wykonawcy powinni je zawrzeć w załączniku nr 1 do SWZ w przypadku, gdy są im oni znani. Wykonawca SPRINT wskazał zakres, który zamierza powierzyć podwykonawcom, wskazując jednocześnie, że podwykonawcy nie są na chwilę składania oferty znani (nie miał on zwartych umów). Wykonawca ELEKTROTIM nie wskazał natomiast, że zamierza w jakimkolwiek zakresie korzystać z podwykonawców. W ocenie Izby oświadczenia składane przez wykonawców mają charakter jedynie informacyjny. Jak słusznie zauważył Przystępujący SPRINT wykonawca jest uprawniony do dokonywania zmian podwykonawców. Zauważyć również należy, że Przystępujący T4B sp. z o.o. wypełnił oświadczenie w analogiczny sposób, jak uczynił to SPRINT, co za tym idzie widać, że interpretacja przez wykonawców postanowienia pkt IV ppkt 7 SWZ była dość jednolita. Izba podziela również stanowisko SPRINT odnoszące się do przepisów obowiązujących na gruncie poprzedniej ustawy Pzp i zestawienia ich z przepisami obecnie obowiązującymi. Na gruncie poprzedniej ustawy również nie było mowy o już znanych podwykonawcach, jednak orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie było dość jednolite. Ponadto należy wskazać, że Zamawiający wyjaśniając treść SWZ (udzielając odpowiedzi na pytania nr 54 i 56) wskazywał wyłączenie na „zamiar” powierzenia części zamówienia podwykonawcom, co oznacza, że Zamawiający złagodził kategoryczne żądanie podania „tu i teraz” wszystkich podwykonawców do sytuacji, kiedy wykonawca zamierza na etapie składania oferty dokonać takiego powierzenia.

Odnosząc się do zarzutów nr 3 i 4 Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że powołane zarzuty de facto dotyczą treści dokumentacji postępowania, w związku z czym odwołanie powinno zostać złożone na wcześniejszym etapie postępowania. Co prawda wykonawca zadał pytanie dotyczące ograniczenia czasu na jaki ma być udzielona gwarancja, jednak odpowiedź Zamawiającego była odmowna – nie wyraził on zgody na takie ograniczenie. Niezależnie od tego Izba wskazuje, że Zamawiający w SWZ nie wymagał gwarancji producenta, a wykonawcy. Gwarancje udzielona przez ELEKTROTIM i SPRINT w ocenie Izby spełniają te wymagania. W związku z tym, że Zamawiający nie wymagał gwarancji producenta należy przyjąć, że to wykonawca deklarując konkretny okres gwarancji bierze na siebie ryzyko z tym związane. W przypadku bowiem nie wywiązania się z tego zobowiązania, Zamawiającemu będą przysługiwały w związku z tym roszczenia określone umową. Co więcej w ocenie Izby okres, na który obaj wykonawcy udzielili gwarancji

nie wydaje się rażąco dłuższy, aniżeli standardowo przewidują producenci. Jak słusznie zauważył Zamawiający nie można wykluczyć skorzystania przez wykonawców z możliwości przedłużenia okresu gwarancji. Mając na uwadze rozmiar zamówienia z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że producenci w takich przypadkach stosują ponadstandardowe warunki przedłużenia gwarancji. Potwierdzeniem tego są oświadczenia producenta Axis Communications Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (okres gwarancji około 11 lat i 5 miesięcy) oraz Senstar GmbH (okres gwarancji 12 lat, a nawet inny dowolny okres) przedłożone przez SPRINT.

Zarzuty nr 5 i 6 są zarzutami akcesoryjnymi powiązаныmi z zarzutami wcześniej powołanymi, a co za tym idzie w przypadku oddalenia wcześniejszych zarzutów należy przyjąć, że również one nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....