Sygn. akt: KIO 450/17
Sygn. akt: KIO 462/17

WYROK
z dnia 23 marzec 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marzec 2017 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **09 marca 2017 r.** przez wykonawcę: **TTcomm S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa** (sygn. akt: KIO 450/17)
B. w dniu **10 marca 2017 r.** przez wykonawcę: **Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A, 05-130 Zegrze Południowe** (sygn. akt: KIO 462/17)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7; 00 - 909 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawców **SILTEC Sp. z o.o., ul. E. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa; Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A, 05-130 Zegrze Południowe; KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., ul.** Żytnia **15 lok. 22, 01-014 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 450/17** po stronie zamawiającego

B. wykonawcę **MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o.o., ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 462/17** po stronie odwołującego

---

C. wykonawców **KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., ul.** Żytnia **15 lok. 22, 01-014 Warszawa; THALES Polska Sp. z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 462/17** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A i B. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **TTcomm S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa** i **Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A, 05-130 Zegrze Południowe** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TTcomm S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa** i **Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A, 05-130 Zegrze Południowe** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 450/17

Sygn. akt: KIO 462/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest „Dostawa dla Sił Zbrojnych RP 29 kpi. Średnich Terminali Satelitarnych (STS)", nr postępowania: IU/9/V-87/ZO/NZO/DOS/SS/2015, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 044-076154 z 04.03.2015 r., przez Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7; 00 - 909 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 27.02.2017 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – Informacja. W związku z tym, że warunki udziału w postępowaniu spełnia więcej niż 5 (pięciu) Wykonawców, Zamawiający w oparciu o obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów określone w sekcji IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu, dokonał klasyfikacji Wykonawców (zaprosi jedynie 5), którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu| i ustalił, że - TT Comm S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa zwane dalej: *„TT Comm S.A."* albo „Odwołującym *w sprawie KIO 450/17"* zostały sklasyfikowane na 8 miejscu z 1 pkt; Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A., 05-130 Zegrze Południowe zwane dalej: *„Zakłady Łączności Nr 1 S. A."* albo *„Odwołującym w sprawie KIO 462/17"* albo *„Przystępującym w sprawie KIO 450/17"* zostały sklasyfikowane na 6 miejscu z 2 pkt; SILTEC Sp. z o.o., ul. E. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa zwaną dalej: „SILTEC Sp. z o.o." albo *„Przystępującym w sprawie KIO 450/17"* zostały sklasyfikowane na 4 miejscu z 3 pkt; KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., ul. Żytnia 15 lok. 22, 01-014 Warszawa zwana dalej: *„KenBIT KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J."* albo *„Przystępującym w sprawie KIO 450/17"* albo *„Przystępującym w sprawie KIO 462/17"* została sklasyfikowana na 5 miejscu z 3 pkt; THALES Polska Sp. z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa zwana dalej: *„THALES Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym w sprawie KIO 462/17"* została sklasyfikowana na 2 miejscu z 4 pkt; MEGMAR Logistics&Consulting Sp. z o.o., ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno zwana dalej: „MEGMAR *Logistics&Consulting Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym w sprawie KIO 462/17"* została sklasyfikowana na 7 miejscu z 2 pkt.

Względem - Wojskowych Zakładów Łączności Nr 1 S. A. - Zamawiający stwierdził, że w wyniku dokonanej oceny, zakwalifikował 3 dostawy przedstawione na poz. 1-3 Wykazu dostaw. Przedstawione dostawy spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, określone w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający

---

nie zakwalifikował dostaw przedstawionych na pozostałych pozycjach Wykazu dostaw, tj. poz. 4+9 wykonanych przez podmiot trzeci. Wykonawca nie przedstawił wraz z wnioskiem dokumentów podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia wymienione w sekcji III.2.1) pkt 2 ppkt 2, 8, 9, 10 i 12 w zw. z wymaganiem II.2.1) pkt. 6 o Dodatkowo sekcji ogłoszenia zamówieniu. brak poświadczeń potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez podmiot trzeci. Zamawiający uznał, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, dlatego też Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp".* Zastosowanie czynności wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp możliwe jest w takim zakresie, w jakim złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie w celu uzyskania dodatkowych punktów warunkujących zaproszenie do składania ofert wstępnych.

na spełnienie warunku udziału Względem -TT Comm S.A. - Wykonawca w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w Wykazie dostaw przedstawił 2 dostawy. Przedstawione dostawy w ocenie Zamawiającego spełniają wymagania przedstawione w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu. W dniu 11.05.2016 r. Wykonawca bez wezwania Zamawiającego przesłał, Uzupełnienie wniosku, w którym przedstawił Wykaz dostaw wraz z dowodami poświadczającymi ich wykonanie. Uzupełniony Wykaz dostaw obejmuje 7 (siedem) dostaw w tym 2 (dwie) dostawy wymienione w Wykazie dostaw (zakwalifikowane przez Zamawiającego) i 5 (pięć) dostaw, których Wykonawca nie ujął w pierwotnym wykazie, złożonym z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wziął pod uwagę samodzielnie uzupełnionego Wykazu dostaw, ponieważ jak wspomniano na wstępie, Zamawiający uznał, iż Wykonawca spełnia warunek wiedzy i doświadczenia i tym samym nie było konieczne uzupełnianie Wykazu dostaw. Wezwanie do uzupełnienia dokumentu prowadziłoby do przyznania dodatkowych punktów i poprawienia pozycji TTComm S.A. w klasyfikacji Wykonawców. Zastosowanie czynności wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp możliwe jest w takim zakresie, w jakim złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie w celu uzyskania dodatkowych punktów warunkujących zaproszenie do składania ofert wstępnych. Odpowiednio należy stosować do samouzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 450/17:

W dniu 09.02.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TT Comm S.A. wniosło odwołanie na czynności z 27.02.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 09.03.2017r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił:

1. Niezgodne z Pzp oraz zapisami IV. 1.2) ust. 1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu przyznanie Odwołującemu wyłącznie 1 pkt za wykazane dostawy sklasyfikowaniu go w rankingu wykonawców na 8 poz., w sytuacji gdy TTcomm winien otrzymać 4 pkt za wykazane dostawy i zostać sklasyfikowany w rankingu wykonawców na 3 poz. - przez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.
2. Niezgodne z Pzp oraz zapisami IV. 1.2) ust. 1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu sklasyfikowanie Uczestników 1-5 odpowiednio na poz. 6, 4, 7, 5, 3, których to klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana i zawyżona w stosunku do pozycji Odwołującego - przez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w z w. z art. 7 ust 1 Pzp.
3. art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 57 ust. 2 i 3 Pzp przez niewezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego odnośnie do *„Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw”* pomimo zmiany interpretacji postanowień pkt III.2.3) ust 1 oraz pkt IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu na skutek wydanego w postępowaniu wyroku przez KIO z 15.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1175/16, tj. mimo iż warunek, o którym mowa w pkt III.2.3) ust 1 ogłoszenia o zamówieniu, posługuje się pojęciem dostawy rozumianej nie jako stosunek umowny, ale jako dające się wyodrębnić rzeczowo świadczenie polegające na dostawie co najmniej jednego zestawu satelitarnego.
4. art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuznanie przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez Odwołującego „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw” w dniu 11.05.2016 r., w sytuacji gdy Wykaz złożony w dniu 20.04.2015 r. był niekompletny, a w Pzp nie zabrania „samouzupełnienia” dokumentów wniosku.
5. art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp przez uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu TTcomm z 01.07.2016 r., a następnie niewykonanie czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w tym odwołaniu, w szczególności uznanie samodzielnego uzupełnienia „Wykazu dostaw” jako wiążącego, po czym nieuznanie tego samodzielnego uzupełnienia zgodnie z treścią uzasadnienia informacji wniosku TTcomm, a na skutek powyższego - naruszenia art. 57 ust 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 7 ust 1 Pzp jak w pkt 4 powyżej. Wnosił o nakazanie:
1. Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ergo unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności punktacji i klasyfikacji Wykonawców, jak i czynności zaproszenia do składania ofert wstępnych w postępowaniu,
2. przywrócenia Odwołującego do postępowania, gdyż jako wykonawca niezaproszony do składania ofert wstępnych został de facto z postępowania wykluczony (art. 57 ust. 3 zd. 2 Pzp),

3. Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału i wniosków złożonych przez Odwołującego i Uczestników 1-5 w postępowaniu oraz dokonania ich prawidłowej klasyfikacji rankingowej.

W dniu 21.06.2016 r. Zamawiający przesłał po raz pierwszy Odwołującemu Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego, zgodnie z Informacją 1, w związku z zaistniałym faktem, że liczba Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jest wyższa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, należało przyznać punkty za wykazanie się dostawami i dokonać kwalifikacji zgodnie z zapisami sekcji IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, tj. wg sumarycznej wartości dostaw. TTcomm został sklasyfikowany na poz. 7, z jednoczesną adnotacją, że Zamawiający nie uznał samodzielnie przedłożonego dodatkowo w dniu 11.05.2016 r. „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw", ponieważ TTcomm spełnia warunek udziału w postępowaniu na podstawie Wykazu złożonego w dniu 20.04.2015 r. wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W dniu 01.07.2016 r. TTcomm wniósł odwołanie od w/w decyzji Zamawiającego. W dniu 14.07.2016 r. na posiedzeniu przed KIO Zamawiający uznał wniesione przez TTcomm odwołanie w całości. Wykonawca Megmar Logistics & Consulting wniósł sprzeciw względem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Zgodnie z pkt 1 wyroku z 15.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1175/16 KIO orzekła o oddaleniu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosku Megmar Logistics & Consulting sp. z o.o. Przeszło 8 miesięcy Zamawiający oceniał na nowo spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W dniu 27.02.2016 r. Zamawiający przesłał Informację 2, zgodnie z którą liczba Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jest wyższa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, należało zatem przyznać punkty za wykazanie się dostawami i dokonać kwalifikacji zgodnie z zapisami sekcji IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, tj. wg sumarycznej wartości dostaw. TTcomm został tym razem sklasyfikowany na poz. 8. Zatem uwzględnienie przez Zamawiającego w całości odwołania TTcomm z 01.07.2016 r. „zaowocowało" po przeszło 8 miesiącach nie tylko brakiem zakwalifikowania TTcomm do pierwszej „piątki", ale także degradacją Odwołującego w rankingu wykonawców o kolejną pozycję, tj. na miejsce nr 8. Zamawiający ponownie w Informacji 2, w analogiczny sposób jak w przypadku Informacji 1, uzasadnił swoją decyzję, wskazując, że: „w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wziął pod uwagę samodzielnie uzupełnionego „Wykazu dostaw". Wezwanie do uzupełnienia dokumentu prowadziłoby do przyznania dodatkowych punktów i poprawienia pozycji TTcomm w klasyfikacji wykonawców. Zastosowanie czynności wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp możliwe jest w takim zakresie, w jakim złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie w celu uzyskania dodatkowych punktów warunkujących zaproszenie do składania ofert

wstępnych. Odpowiednio należy stosować do samouzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę". Na marginesie wskazał, iż Zamawiający nie miał problemu z uwzględnieniem zarzutu postawionego w odwołaniu wniesionym przez TTcomm w dniu 01.07.2016 r., dotyczącym naruszenia przez Zamawiającego art. 57 ust 2 i 3 Pzp w z w. z art. 25 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuznanie przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez TTcomm „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw" w dniu 11.05.2016 r., w sytuacji gdy Wykaz złożony w dniu 20.04.2015 r. był niekompletny, a w Pzp nie zabrania się „samouzupełnienia" dokumentów wniosku. Co więcej, dokonanemu samodzielnemu uzupełnieniu dokumentów nie sprzeciwił się również żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu, a przystępujących do postępowania odwoławczego zainicjowanego przez TTcomm po stronie Zamawiającego, znających przecież treść zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnośnie trzech pierwszych zarzutów.

1. W pierwszej kolejności Odwołujący pragnie wskazać, że do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust, 1 Pzp doszło niezależnie od uznania, który z Wykazów dostaw (pierwotny czy uzupełniony) złożonych przez TTcomm w postępowaniu podlegał ocenie Zamawiającego.

2. Zgodnie z treścią sekcji IV. 1.2) ust. 1 i 2 ogłoszenia o zamówieniu: *„W przypadku gdy wymagane warunki spełni więcej niż 5 Wykonawców, Zamawiający dokona ich klasyfikacji w oparciu o oświadczenia i dokumenty, które Wykonawcy zobowiązani są dostarczyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W celu dokonania wyboru Wykonawców w maksymalnej liczbie 5 (którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych), Zamawiający będzie przyznawał punkty za wykazanie, że Wykonawca wykonał (wykonuje) więcej niż jedną dostawę terminala satelitarnego o aperturze anteny powyżej lm,*

spełniającego wymagania określone w sekcji III.2.3 ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu (wykonanie lub wykonywanie co najmniej jednej dostawy terminali satelitarnych o aperturze anteny powyżej lm, o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł). Zamawiający przyzna: za wykazanie przez Wykonawcę wykonania dwóch dostaw - 1 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania trzech dostaw - 2 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania czterech dostaw - 3 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania pięciu lub więcej dostaw - 5 pkt.".

3. Zamawiający już dokonując pierwszej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie miał pewności, jak interpretować postanowienie z sekcji III.2.3) ust.1 ogłoszenia o zamówieniu i w stosunku do poszczególnych Wykonawców stosował zróżnicowane kryteria. Jednym Wykonawcom przyznawała punkty za pojedyncze dostawy 7 terminali w ramach danej umowy (tak w przypadku Megmar Logistics & Consulting sp. z o.o.), innym Wykonawcom, w tym m.in. TTcomm, przyznał jedynie punkty za wykonane umowy dostawy

(tj. odrębne stosunki umowne), niezależnie od tego, ile terminali w ramach tych umów było dostarczonych.

4. Pomimo rozstrzygnięcia przez KIO w wyroku z 15.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1175/16 kwestii sposobu interpretacji postanowienia z pkt III.2.31 ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu (s. 43 uzasadnienia wyroku KIO). Zamawiający przyznał Odwołującemu wyłącznie 1 pkt za dwie wykonane umowy dostaw na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4226, nie zaś 4 pkt za dające się wyodrębnić rzeczowo dostawy obejmujące łącznie 18 terminali satelitarnych w tamach tych dwóch umów (tj. dostawę 11 terminali satelitarnych VSAT w ramach umowy nr 53/07/2014 z 27.02.2014 r. oraz dostawę 7 terminali satelitarnych VSAT w ramach Umowy nr 563/07/20141, które były rozłożone w czasie.

5. W ramach umowy nr 53/07/2014 z 27.02.2014 r. TTcomm dokonał dwóch dostaw po 3 kpi. terminali satelitarnych VSAT każdy po 4.421.767,58 zł oraz jedną dostawę 4 kpl. zestawów satelitarnych VSAT za 5.895.690,12 zł, tj. w sumie 11 kpl. terminali satelitarnych VSAT za łączną kwotę 16.213.147,83 zł (która to kwota została ujęta zarówno w pierwotnym, jak i w uzupełnionym Wykazie dostaw). Dostawy i odbiory były rozłożone w czasie i trwały od 18.08 do 26.08.2015 r. Umowa nr 53/07/2014 została zrealizowana na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4226 po wygraniu przez TTcomm postępowania przetargowego. Umowa, jak i warunki udziału w postępowaniu, były i są powszechnie dostępne i jawne, w tym dla Zmawiającego. Za wyrokiem KIO (1175/16) wskazał, że pozbawiona znaczenia jest okoliczność, iż przedmiotowe dostawy objęte są formalnie jednym stosunkiem umownym. Zatem już na podstawie zrealizowanych dostaw terminali satelitarnych VSAT w ramach umowy nr 53/07/2014 Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu 2 pkt, za 3 zrealizowane dostawy, tj. za dostawę 3 kpl. terminali satelitarnych, kolejną dostawę 3 kpl. terminali satelitarnych i za dostawę 4 kpl. terminali satelitarnych.

6. W ramach Umowy nr 563/07/2014 z 07.10.2014 r. TTcomm dokonał dostawy 3 kpl. terminali satelitarnych VSAT za 4.498.110,00 zł oraz dostawy 4 kpl. zestawów satelitarnych VSAT za 5.997.480,00 zł, w sumie 7 kpl. terminali satelitarnych za łączną kwotę 10.745.245,40 zł (która to kwota została ujęta zarówno w pierwotnym, jak iw uzupełnionym Wykazie dostaw). Dostawy i odbiory były rozłożone w czasie i trwały od 23.03. do 26.03.2015 r. Umowa nr 563/07/2014 została zrealizowana na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4226 po wygraniu przez TTcomm postępowania przetargowego. Umowa, jak i warunki udziału w postępowaniu, były i są powszechnie dostępne i jawne, w tym dla Zmawiającego. Za wyrokiem KIO (1175/16) wskazał, że pozbawiona znaczenia jest okoliczność, iż przedmiotowych dostaw dotyczy jeden stosunek umowny. Zatem na podstawie zrealizowanych dostaw terminali satelitarnych VSAT w ramach Umowy nr 563/07/2014 Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu kolejne 2 pkt, za kolejne dwie zrealizowane

dostawy, tj. za dostawę 3 kpl. terminali satelitarnych i za dostawę 4 kpl, terminali satelitarnych.

7. Zatem w ramach Umowy nr 53/07/2014 z 27.02.2014 r. TTcomm dokonał dwóch dostaw po 3 kpl. terminali satelitarnych VSAT każdy po 4.421.767,58 zł oraz jednej dostawy 4 kpl, zestawów satelitarnych VSAT za 5.895.690,12 zł; w sumie 11 kpl. terminali satelitarnych

VSAT za łączną kwotę 16.213.147,83 zł oraz w ramach Umowy nr 563/07/2014 z 07.10.2014 r. TTcomm dokonał dostawy 3 kpl. terminali satelitarnych VSAT za 4.498.110,00 zł oraz dostawy 4 kpl. zestawów satelitarnych VSAT za 5.997.480,00 zł, w sumie 7 kpl. terminali satelitarnych za łączną kwotę 10.745.245,40 zł. TTcomm w ramach w/w Umów zrealizował 5 dostaw, łącznie na 18 terminali satelitarnych, o łącznej wartości 26.708.737,83 zł. i powinien otrzymać 4 pkt w rankingu Wykonawców zgodnie z postanowieniem sekcji IV. 1.2) ust. 1 i 2 ogłoszenia o zamówieniu. Tymczasem Zamawiający, dokonując ponownej oceny pierwotnego „Wykazu dostaw", przyjął pod pojęciem dostawy ponownie jeden stosunek umowny, a nie dające się wyodrębnić rzeczowo świadczenia zrealizowane przez TTcomm na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4226, jak nakazała czynić Izba w przywołanym wyroku.
8. Odwołujący wskazał, że wypełniając pierwotny, jak i uzupełniony Wykaz dostaw zakładał, że interpretacja warunku udziału opisanego w sekcji II1.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu i uzyskiwanie dodatkowej punktacji w myśl pkt IV. 1.2) ust. 1 i 2 ogłoszenia o zamówieniu za pomocą wielu dostaw terminali wykonywanych w ramach jednego stosunku umownego jest niedopuszczalna. Odwołujący podnosił to zresztą w swoim wcześniejszym odwołaniu, jak i wskazywał, że „sztuczne" rozbicie poszczególnych umów, jak czyni to Megmar, aby wykazać się większą ilością dostaw, jest również niedopuszczalne. Stąd w Wykazie dostaw TTcomm ujęte zostały jedynie stosunki umowne, a nie dające się wyodrębnić w ramach tych stosunków umownych poszczególne świadczenia polegające na dostawie, co najmniej jednego zestawu satelitarnego. I tak oto pomimo oddalenia odwołania TTcomm wniesionego w dniu 01.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1175/16 na skutek sprzeciwu Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. treść rozstrzygnięcia KIO i dokonana w uzasadnieniu wyroku interpretacja warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.3) ust 1 była dla TTcomm korzystna, gwarantowała bowiem uzyskanie przez Odwołującego maksymalnej punktacji 4 pkt przy dokonywaniu ponownej klasyfikacji Wykonawców przez Zamawiającego.
9. Minimum, jakim winien wykazać się Zamawiający po otrzymaniu wyroku KIO z 15.07. 2016 r. z uzasadnieniem to wezwać TTcomm w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie dostaw ujętych w Wykazie dostaw celem ustalenia, czy można wyodrębnić rzeczowo świadczenie polegające na dostawie co najmniej jednego zestawu satelitarnego. Zamawiający bezspornie miał wiedzę, że TTcomm w Wykazie dostaw ujął jedynie stosunki umowne, a nie sprecyzował rozbicia poszczególnych dostaw realizowanych

w ramach tychże stosunków. Wszak Zamawiający chciał interpretować jaki czyni to TTcomm, uwzględnił bowiem odwołanie w całości, a zatem również w aspekcie zarzutu sformułowanego odnośnie do wykładni w/w postanowienia III.2.3) ust 1 ogłoszenia o zamówieniu. Dopiero sprzeciw przystępującego Megmar Logistics & Consulting sp. z o.o. i rozstrzygnięcie przez Izbę kwestii interpretacji postanowienia pkt III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu „otwierało" kwestię przedłożonych Wykazów dostaw na nowo i wymagało ich wyjaśnienia.
10. Skorzystanie z wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp jest nie tylko prawem Zamawiającego, ale przede wszystkim jego obowiązkiem.
11. Nie dokonując stosownych wyjaśnień odnośnie do „Wykazu dostaw" Odwołującego, Zamawiający doprowadził do miejscami groteskowej klasyfikacji i przyznania dodatkowych punktów wbrew zasadom spójności i logiki.
12. Odwołujący pragnie zauważyć, że wykonawca Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. uzyskał większą niż TTcomm ilość punktów (2 pkt), zaledwie za jeden stosunek umowny, w ramach którego wykonał 3 pojedyncze dostawy terminali satelitarnych. Analizując zatem tok rozumowania Zamawiającego, stosownie do Informacji 2, dochodzi się do wysoce dyskusyjnego wniosku, że wyżej punktowane są 3 dostawy po 1 terminalu satelitarnym (każda o wartości 2.300.000 zł) i łącznej wartości 6,900.000 zł niż 5 dostaw zrealizowanych przez TTcomm w ramach dwóch stosunków umownych po odpowiednio 3 terminale, 3 terminale, 4 terminale (w ramach jednego stosunku umownego) i 3 terminale, 4 terminale (w ramach drugiego stosunku umownego), tj. w sumie 18 kpl. terminali satelitarnych na łączną kwotę 26.708.737,83 zł. Należy postawić zatem zasadne pytanie, jakim sposobem można wykazać się dostawą 18 terminali w ramach dwóch stosunków umownych i być niżej sklasyfikowanym niż wykonawca, który wykazał się dostawą 3 terminali w ramach jednego stosunku umownego. Niestety, takich absurdalnych rozstrzygnięć dokonał Zamawiający i celem TTcomm jest ich podważenie niniejszym odwołaniem.

13. Analogicznie, wyżej w rankingu wykonawców niż TTcomm uplasował KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. Zamawiający zakwalifikował 4 dostawy tego wykonawcy (przyznając przy tym 3 pkt) na łączną wartość dostaw w kwocie 23,758.496,28 zł. Pytanie, jak zatem wyjaśnić zakwalifikowanie zaledwie 2 dostaw TTcomm na łączną wartość dostaw w kwocie 27.958.393,23 zł. Zamawiający bezzasadnie w odniesieniu do TTcomm zakwalifikował stosunki umowne dostaw, a nie poszczególne dające się wyodrębnić dostawy.
14. W tym miejscu Odwołujący pragnie również wskazać (o czym szerzej będzie mowa przy omawianiu zarzutu dotyczącego niewzięcia pod uwagę przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez TTcomrn „Wykazu dostaw"), że z uzupełnionego „Wykazu dostaw" i załączonych do niego referencji i poświadczeń wynika jednoznacznie, że na dzień składania wniosku TTcomrn wykazał się 7 stosunkami umownymi dostaw i dziesiątkami dostaw

terminali, za co powinien otrzymać od Zamawiającego maksymalną notę, tj. dodatkowe 4 pkt za zrealizowane dostawy.
15. Konkludując, Zamawiający przyznając TTcomrn zaledwie jeden dodatkowy punkt za zrealizowane dostawy, naruszając w ten sposób art. 57 ust 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez niezgodne z Pzp oraz zapisami IV. 1.2) ust. I oraz sekcji III.2.3) ust 1 sklasyfikowanie Odwołującego w rankingu Wykonawców na zaniżonej poz. nr 8, w sytuacji gdy TTcomrn powinien otrzymać 4 pkt za wykazane oraz zrealizowane dostawy i zostać sklasyfikowany w rankingu Wykonawców na poz. 3. Konsekwencją niesklasyfikowania Odwołującego na poz. 3 jest zawyżenie klasyfikacji Uczestników 1- 5 odpowiednio na poz. 6, 4, 7, 5, 3, których to klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana i zawyżona w stosunku do pozycji Odwołującego. Minimum, jakim winien wykazać się Zamawiający, to wezwanie TTcomm w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień ad złożonego Wykazu dostaw, w związku z rozstrzygnięciem KIO odnośnie do wykładni postanowienia z pkt III.2.3) ust. 1 i z pkt IV. 1.2) ust 1 i 2 ogłoszenia o zamówieniu, co rzutowało na dokonanie niewłaściwej klasyfikacji rankingowej przez Zamawiającego, naruszając tym samym art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 57 ust 2 i 3 Pzp.

Odnośnie czwartego zarzutu.

1. Zgodnie z uwagami poczynionymi przez Zamawiającego w Informacji 2, Zamawiający w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wziął pod uwagę samodzielnie uzupełnionego „Wykazu dostaw". Wezwanie do uzupełnienia dokumentu prowadziłoby do przyznania dodatkowych punktów i polepszenia pozycji TTcomm w klasyfikacji wykonawców. Zastosowanie czynności wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp możliwe jest w takim zakresie, w jakim złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie w celu uzyskania dodatkowych punktów warunkujących zaproszenie do składania ofert wstępnych. Odpowiednio należy stosować do samouzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę.
2. Odwołujący w dniu 11.05.2015 r. dokonał samodzielnego uzupełnienia Wniosku złożonego w dniu 20.04.2015 r., o zaktualizowany i uzupełniony „Wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw" przez TTcomm wraz z potwierdzeniami i dowodami poświadczającymi, że dostawy ujęte w wykazie zostały wykonane należycie przed datą złożenia Wniosku.
3. Odwołujący skorzystał z przysługującego mu prawa, ugruntowanego w orzecznictwie KIO, do złożenia z własnej inicjatywy, bez wezwania zamawiającego, wymaganego przez zamawiającego oświadczenia łub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp; Zamawiający zaś nie ma podstawy do odmowy dokonania oceny spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu na podstawie samodzielnie złożonego oświadczenia lub dokumentu (np. KIO 1551/10, KIO 268/13, KIO 270/13, KIO 1169/11;

KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10; KIO/UZP 1333/09). Odwołujący dostrzegł bowiem, że pierwotnie załączony do wniosku wykaz wykonanych dostaw był niekompletny i jako taki nie uwzględniał on zrealizowanych dostaw terminali, którymi legitymował się TTcomm na dzień składania wniosku.
4. Samodzielne uzupełnienie wykazu przez Odwołującego nastąpiło przed wydaniem jakiejkolwiek wiążącej decyzji przez Zamawiającego w postępowaniu. Do wniosku TTcomm, jak i do jego uzupełnienia, mieli wgląd wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

5. Odwołujący pragnie wskazać, iż w wyroku KIO 1169/11 KIO stwierdziła, że „wezwanie *do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednakże ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy przez wykonawcę. Tym samym zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Wykonawca jednak samodzielnie, bez wezwania, składając dokument musi przyjąć na siebie ryzyko, że przedłożony dokument nie będzie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku. W wezwaniu bowiem do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia zamawiający wskazuje, co powoduje, że dokument złożony jest błędny, albo jakiego dokumentu brak we wniosku wykonawcy. Natomiast samodzielnie wykonawca składając dokument taką wiedzą nie dysponuje i może jedynie domyślać się, w czym tkwi wadliwość złożonego przez niego wniosku",* Wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko, o którym mowa w/w wyroku.
6. Odwołujący podnosi również, że w wyroku KIO 268/13, KIO 270/13 KIO uznała, iż *„(...) brak jest ustawowego zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust, 1 ustawy PZP przez wykonawcę".* Analogicznie Izba orzeka w najnowszych rozstrzygnięciach, czemu dała wyraz w wyroku z 27.05.2015 r., sygn. akt: KIO 1009/15.
7. Odwołujący, mając na uwadze powyższe, jak i fakt, że Zamawiający nie dokonał jeszcze wiążącej oceny wniosków w postępowaniu, jak i okoliczność, iż inni Wykonawcy biorący udział w postępowaniu dokonywali aktualizacji /uzupełnienia Wykazu o stosowne dane na skutek wezwań Zamawiającego, przedłożył uzupełniony „Wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw" wraz z potwierdzeniami i dowodami poświadczającymi, że usługi ujęte w wykazie zostały wykonane należycie przez TTcomm i zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem dokument ten winien być przez Zamawiającego oceniony.
8. Nie uwzględniając samodzielnego uzupełnienia wykazu przez TTcomm, Zamawiający dokonał naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp. Nie uwzględnił bowiem w klasyfikacji rankingowej Wykonawców należycie zrealizowanych

i wykazanych przez TTcomm dostaw zrealizowanych na dzień składania Wniosku, ujętych w uzupełnionym wykazie dostaw.
9. Odwołujący wskazał, iż każdy z Wykonawców biorących udział w postępowaniu mógł dokonać samodzielnego uzupełnienia wykazu dostaw lub innych dokumentów. Naczelna zasada równości ujęta w art. 7 Pzp nie doznałaby zatem uszczerbku.
10. Co więcej, dokonanemu samodzielnemu uzupełnieniu dokumentów nie sprzeciwił się również żaden z Wykonawców biorących udział w postępowaniu, a przystępujących do postępowania odwoławczego zainicjowanego przez TTcomm po stronie Zamawiającego, znających przecież treść zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuznanie przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez TTcomm „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw" w dniu 11.05.2016 r., w sytuacji gdy Wykaz złożony w dniu 20.04.2015 r. był niekompletny, a w Pzp nie zabrania sie „samouzupełnienia" dokumentów wniosku, sformułowany bowiem już został w odwołaniu TTcomm z 01.07.2016 r., które to odwołanie Zamawiający uznał w całości.

Odnośnie zarzutu piątego.

1. Zamawiający na skutek uwzględnienia w całości zarzutów ujętych w odwołaniu TTcomm z 01.07.2016 r., a następnie niewykonania czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniami zawartymi w tym odwołaniu, w sposób oczywisty naruszył dyspozycję normy z art. 186 ust. 2 Pzp.
2. W ocenie Odwołującego istnieją nadto dalsze konsekwencje uwzględnienia przez Zamawiającego żądań/nia odwołania z 01.07.2016 r. w postaci jednoznacznego przyznania przez Zamawiającego, iż dopuścił się m.in. naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuznanie przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez Odwołującego „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw" w dniu 11.05.2016 r., w sytuacji gdy Wykaz złożony w dniu 20.04.2015 r., był niekompletny, a w Pzp nie zabrania się „samouzupełniania" dokumentów. Tak bowiem brzmiał zarzut postawiony Zamawiającemu (s. 4 uzasadnienia wyroku KIO z 15.07.2016 r., sygn. akt: KIO

1175/16) w odwołaniu z 01.07.2016 r., który jest powielony w niniejszym odwołaniu. Fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną nie wymagają dowodu, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, o czym mowa w art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp, nie sposób zatem zrozumieć, w jaki sposób Zamawiający niejako „wycofuje się" na obecnym etapie z przyznania, że do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp z jego strony doszło, ergo ponownie tożsamego naruszenia dokonuje. Można zaryzykować tezę, że Zamawiający postanowił na posiedzeniu przed KIO w dniu 14.07.2016 r. jedynie pozornie uwzględnić zarzuty, licząc na sprzeciw Przystępujących i ponoszenie przez nich odpowiedzialności z wynik postępowania odwoławczego.

13

---

3. Działanie Zamawiającego, który jedynie dla pozoru uwzględnia zarzuty tylko po to, by następnie postąpić w sposób, który sam uznał za naruszający przepisy Pzp jest działaniem zmierzającym do multiplikowania czynności związanych z odwoływaniem się od działań Zamawiającego sprzecznych z przepisami Pzp i stanowi wręcz próbę omijania przepisów Pzp, jak i świadomej przewlekłości postępowania, które i tak trwa już przeszło 2 lata oraz naraża Wykonawców na ponoszenie kosztów związanych z postępowaniem odwoławczym. Jeżeli Zamawiający nie miał zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien był w ogóle uwzględniać zarzutów, lecz wdać się w spór z wykonawcą co do żądań, których spełnienie uważa za nierealne (wyrok z 09.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2083/12).
4. Zamawiający, uwzględniając odwołanie, a następnie nie wykonując zawartych w nim żądań, celowo doprowadza do uniknięcia stanu rozpoznania sprawy przez KIO. Działania takie prowadzą do piętrzenia się odwołań i wikłania wykonawców w kolejne czynności podejmowane przez Zamawiającego po raz wtóry w postępowaniu. Powyższe zaniechania Zamawiającego dodatkowo obciążają Odwołującego kosztami uczestnictwa w postępowaniu, w tym kosztami obsługi prawnej niezbędnej dla należytej ochrony interesów Odwołującego w postępowaniu.
5. Zamawiający, podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, musi się liczyć z faktem, że jest zobowiązany do spełnienia zawartych w odwołaniu żądań odwołującego. W świetle art. 186 ust. 2 i 3 Pzp, uwzględnienie zarzutu/ów w całości przez zamawiającego musi prowadzić do wykonania czynności, której domaga się odwołujący. Jeśli zamawiający stwierdza zatem, że okoliczności sprawy opisane w zarzutach są jedynie w pewnym zakresie słuszne, lecz nie uzasadniają wykonania żądań zawartych w odwołaniu, to nie może uwzględnić zarzutów odwołania w całości, gdyż nie jest w stanie spełnić żądań wynikających z odwołania (wyrok KIO z 21.04.2015 r., sygn. akt: KIO 675/15).
6. W orzecznictwie KIO prezentowany jest jednolicie pogląd, zgodnie z którym w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania Zamawiający ma obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w taki sposób, aby uczynić zadość postulatom zawartym w odwołaniu. Ponadto oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania wyczerpuje dyspozycję normy z art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Skoro zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, zobowiązany jest po umorzeniu postępowania odwoławczego do wykonania w postępowaniu czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwne działanie narusza art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp. Stanowisko takie wyraziła KIO m.in. w postanowieniu z 11.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2136/11, w postanowieniu z 13.04.2011 r., sygn. akt: KIO 639/11, w wyroku z 11.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1417/11, w wyroku z 07.02.2012 r., sygn. akt: KIO 170/12, w wyroku z 03.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2010/12,

14

---

w wyroku z 03.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1118/11, w postanowieniu z 15.07.2013 r., sygn. KIO 1679/13, w postanowieniu z 02.04.2013 r., sygn. akt: KIO 663/13.

Zamawiający w dniu 10.03.2017 r. (faxem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SILTEC Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 13.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 13.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 21.03.2017 r. (faxem) KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., złożyło pismo procesowe Przystępującego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezgodne z Pzp oraz zapisami IV.1.2) ust. 1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu przyznanie Odwołującemu wyłącznie 1 pkt za wykazane dostawy i sklasyfikowaniu go w rankingu wykonawców na 8 poz., w sytuacji gdy TTcomm winien otrzymać 4 pkt za wykazane dostawy i zostać sklasyfikowany w rankingu wykonawców na 3 poz.

■ Wbrew twierdzeniom Odwołującego pierwotny Wykaz dostaw nie uprawnia Odwołującego do uzyskania większej liczby punktów. Zamawiający prawidłowo przyznał TTcomm S.A. tylko 1 pkt. Wykaz uzupełniony po terminie składania wniosków w ogóle nie mógł być z kolei brany pod uwagę przez Zamawiającego przy punktacji wniosku Odwołującego.

■ Na wstępie należy sprzeciwić się tezie Odwołującego o zmianie interpretacji warunku udziału w postępowaniu wskutek wyroku KIO z 15.07.2016 r., sygn. akt KIO 1175/16.

■ Zmiana interpretacji warunku udziału w postępowaniu jest z założenia niedopuszczalna na etapie toczącego się już postępowania, po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

■ Co przy tym istotne, Odwołujący nie obejmował swoim oświadczeniem woli zawartym w złożonym wniosku, treści które wyprowadza aktualnie w oparciu o uzasadnienie wyroku KIO 1175/16.

■ Okoliczności sprawy pokazują, że Odwołujący objął swoim zamiarem wykazanie się jedynie dwoma dostawami. Następnie, wskutek analizy uzasadnienia wyroku KIO 1175/16 doszedł do przekonania, że w ramach podanych umów na dostawę możliwe jest wyodrębnienie poszczególnych dostaw. Aktualnie, Odwołujący dokonuje zmiany treści oświadczenia woli zawartego we wniosku i stara się dostosować je do stanowiska przedstawionego przez Izbę w uzasadnieniu ww. orzeczenia. Tego rodzaju działanie należy uznać za niedopuszczalne. Stanowi ono w istocie zmianę treści wniosku po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

■ Przystępujący zwraca uwagę, że Odwołujący sam przyznał, iż „wypełniając pierwotny i uzupełniony Wykaz dostaw zakładał, że interpretacja warunku udziału opisanego w sekcji III.2.3) ust 1 Ogłoszenia o zamówieniu i uzyskanie dodatkowej punktacji w myśl pkt IV1.2) ust 1 i 2 Ogłoszenia o zamówieniu za pomocą wielu dostaw terminali wykonywanych w ramach jednego stosunku umownego jest niedopuszczalna. Odwołujący podnosił to zresztą w swoim wcześniejszym odwołaniu" (str. 10 odwołania).

■ Powyższe pokazuje treść oświadczenia woli, jakie Odwołujący złożył we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący objął oświadczeniem woli jedynie dwie dostawy, które poddał punktacji Zamawiającego.

■ Skoro Odwołujący uznawał za niedopuszczalne wykazywanie się w ramach jednego stosunku umownego większą ilością dostaw podlegających punktacji to jest oczywiste, iż nie obejmował tego swoim oświadczeniem woli. Nie obejmował w konsekwencji swoim oświadczeniem woli także tego, że należą mu się punkty za dostawy zrealizowane w ramach poszczególnych umów.

■ Wskazał przykładowo w wyroku SA w Szczecinie z 07.09.2016 r., sygn. akt I ACa 207/16, „Kontekst sytuacyjny jaki towarzyszył oświadczeniu woli złożonemu przez Odwołującego - na co zresztą Odwołujący sam wskazał w odwołaniu - był taki, że nie przewidywał on wyodrębniania w ramach jednej umowy kilku dostaw, za które wykonawca oczekiwał przyznania punktów.

■ Odwołujący nie ma tym samym podstaw, by obecnie tego rodzaju wolę wprowadzać do

treści jego wniosku, tylko z uwagi na to, że w trakcie postępowania Izba przedstawiła w uzasadnieniu swojego orzeczenia stanowisko, co do interpretacji treści ogłoszenia o zamówieniu.
■ To, że Odwołujący nie obejmował swoim oświadczeniem woli wykazanie większej ilości dostaw, ponad 2 dostawy ujęte w Wykazie dostaw, znajduje potwierdzenie także w tym, że

16

---

w treści Wykazu dostaw, Odwołujący nie podał dla poszczególnych dostaw dat ich wykonania - czego wymagał Zamawiający.
■ Co również istotne, Odwołujący argumentując na okoliczność zakwalifikowania „stosunków umownych, a nie poszczególnych dających się wyodrębnić dostaw", jak również twierdząc o „zmianie interpretacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu", konsekwentnie pomija to, że Izba w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt KIO 1175/16, wyraźnie wskazała, że „odnośnie wątku argumentacyjnego dotyczącego równego traktowania wykonawców, Izba wskazuje, że Zamawiający oceniał takie ilości dostaw, jakie wskazali mu sami wykonawcy w swoich wykazach" (str. 43 uzasadnienia wyroku).
■ Odwołujący wskazał 2 dostawy i jedynie za dwie dostawy mógł otrzymać od Zamawiającego punkty.
■ Jednocześnie podkreślił, że Zamawiający w treści Sekcji IV.1.2) Ogłoszenia o zamówieniu wyraźnie zastrzegł, że dokona klasyfikacji wykonawców „w oparciu o oświadczenia i dokumenty, które Wykonawcy zobowiązani są dostarczyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu".
■ Jak wskazano wcześniej, oświadczenie, jakie złożył Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, sprowadzało się do wykazania dwóch dostaw. Dopiero obecnie - wykorzystując treść uzasadnienia wyroku Izby, w dodatku w sposób fragmentaryczny - Odwołujący stara się zmienić swoje oświadczenie, tak by przemodelować je na oświadczenie o kilkunastu dostawach.
■ To, że Odwołujący na etapie składania wniosku w taki, a nie inny sposób, interpretował treść Ogłoszenia o zamówieniu, pozostaje okolicznością leżącą wyłącznie po stronie tego wykonawcy. Może to być wynikiem braku należytej staranności, w tym braku zapoznania się z treścią odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego. Analiza odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego na pytania wykonawców pozwala bowiem na wniosek, że Zamawiający dał wyraz temu, iż nie wykluczył możliwości ubiegania się o punkty za dostawy zrealizowane w ramach jednej umowy. Przykładowo w odpowiedzi z 27.03.2015 r., na pyt. 2, Zamawiający wskazał, że „w procedurze przyznawania punktów będzie brał pod uwagę ilość zrealizowanych dostaw o wymaganej wartości, tj. nie mniejszej niż 2.000.000 zł".
■ Odwołujący - jak wskazano wcześniej - przyjął jednak przy konstrukcji swojego wniosku założenie, że punktacji podlega dostawa, jako jeden stosunek umowny. Odwołujący podał w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz w celu punktacji jego wniosku, dwie dostawy i nie dysponuje podstawą, by ubiegać się obecnie o zmianę rozumienia treści jego własnego oświadczenia woli.
■ Wykonawca nie ma bowiem prawa do zmiany treści wniosku po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Tak samo Zamawiający nie może zmieniać oświadczenia woli wykonawcy i wprowadzać w jego zakres treści, które nie były objęte tym oświadczeniem.

17

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezgodne z Pzp oraz zapisami IV.1.2) ust. 1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu sklasyfikowanie Uczestników 1-5 na poz. 6, 4, 7, 5, 3, których to klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana i zawyżona w stosunku do pozycji Odwołującego.
■ Co istotne, Odwołujący nie przedstawił w uzasadnieniu odwołania argumentacji, która miałaby przemawiać przeciwko prawidłowości przyznania danej ilości punktów wykonawcom sklasyfikowanym na ww. pozycjach. W szczególności, w treści odwołania nie zawarto rzeczowych argumentów przeciwko możliwości przyznania Przystępującemu punktów w liczbie - 3.
■ Konstrukcja zarzutu opiera się na twierdzeniu Odwołującego o błędnej ilości punktów przyznanych jego wnioskowi - z czego Odwołujący wywodzi finalnie zarzut błędnej klasyfikacji pozostałych wykonawców. Niemniej jednak w stosunku do punktacji

przyznanej pozostałym wykonawcom z ww. pozycji, Odwołujący de facto nie przedstawia żadnych faktów i argumentów, które miałyby przemawiać za uznaniem, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy przyznawał przedmiotowe punkty. Powyższe Przystępujący odnosi w szczególności do oceny jego wniosku, gdyż obrona tej części czynności Zamawiającego pozostaje w sposób naturalny w zainteresowaniu wykonawcy.
■ W konsekwencji twierdzenia Odwołującego o błędnej czy zawyżonej punktacji pozostają w istocie twierdzeniami blankietowymi.
■ Co także ważne, Odwołujący nie powinien formułować żadnych uwag względem oceny wniosku Przystępującego, w szczególności, gdy wywodzi korzystne dla siebie wnioski z czynności Zamawiającego w postaci złożenia - w ramach wcześniejszego odwołania - oświadczenia o uwzględnieniu odwołania. Należy bowiem podkreślić, że Przystępujący wniósł 30.06.2016 r. odwołanie, w treści którego postawił żądanie - cytując - „nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków pod kątem przyznania wykonawcom punktów w ramach ich wstępnej kwalifikacji, a w konsekwencji przyznanie Odwołującemu 4 pkt, umieszczenie go w odpowiednim miejscu tabeli punktacyjnej i zaproszeniu go do złożenia oferty wstępnej".
■ Sprawa z odwołania Przystępującego została zarejestrowana pod sygn. akt KIO 1163/16. Zamawiający pismem z 14.07.2016 r., uwzględnił w całości zarzuty odwołania.
■ W konsekwencji, w dniu 14.07.2016 r., KIO wydała postanowienie, w którym - wobec braku sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości - umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.
■ Skoro Odwołujący opiera swoje zarzuty na twierdzeniu, iż Zamawiający miał obowiązek wykonać żądania jego odwołania, to w równym stopniu winien respektować obowiązek wykonania żądań zawartych w odwołaniu Przystępującego. Zgodnie bowiem z art. 186 ust. 3 Pzp, Zamawiający uwzględniając odwołanie Przystępującego przyjął na siebie obowiązek

wykonania żądania Przystępującego zawartego w odwołaniu z dnia 30.06.2016 r., a więc obowiązek przyznania Przystępującemu 4 pkt, umieszczenia Przystępującego w odpowiednim miejscu tabeli punktacyjnej oraz zaproszenia do złożenia oferty wstępnej.
■ W konsekwencji, w sytuacji, gdy Zamawiający winien przyznać Przystępującemu 4 pkt i przyznanie takiej ilości punktów korzystałoby w tej sprawie z ochrony prawnej wynikającej z art. 186 ust. 3 Pzp, a Odwołujący nie miałby prawa do kwestionowania przyznania Przystępującemu 4 pkt (tego rodzaju zarzut podlegałby odrzuceniu / pozostawieniu bez rozpoznania, na podstawie odpowiedniego stosowania art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy czynności, którą zamawiający, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu), to tym bardziej za niezasadne i nieuprawnione należy uznać kwestionowanie zaproszenia Przystępującego do złożenia oferty wstępnej wskutek przyznania Przystępującemu 3 pkt.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 57 ust. 2 i 3 Pzp przez niewezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego odnośnie do „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw" pomimo zmiany interpretacji postanowień pkt III.2.3) ust. 1 oraz pkt IV. 1.2 Ogłoszenia o zamówieniu na skutek wydanego w postępowaniu wyroku przez KIO sygn. akt: KIO 1175/16, tj. mimo, iż warunek, o którym mowa w pkt III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu, posługuje się pojęciem dostawy rozumianej nie jako stosunek umowny, ale jako dające się wyodrębnić rzeczowo świadczenie polegające na dostawie, co najmniej jednego zestawu satelitarnego.
■ Przystępujący odwołuje się do argumentacji przedstawionej już wcześniej, w szczególności, co do treści oświadczenia woli Odwołującego, jak równie tego, że Izba, w uzasadnieniu ww. wyroku jasno wskazała, że Zamawiający miał poddawać punktacji taką liczbę dostaw, jaką wskazali sami wykonawcy. Odwołujący podał jedynie dwie dostawy i nie może oczekiwać przyznania wyższej liczby punktów niż 1 pkt.
■ W kwestii naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, Odwołujący pomija fakt, że przewidziana w tym przepisie procedura wyjaśnień dotyczy spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie znajduje zastosowania do wykazu dostaw w tym zakresie, w jakim Odwołujący domaga się prawa złożenia wyjaśnień - a więc w zakresie punktacji, a nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuznanie przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez

Odwołującego „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw" w dniu 11.05.2016 r., w sytuacji, gdy Wykaz złożony w dniu 20.04.2015 r. był niekompletny, a w ustawie Pzp nie zabrania się „samouzupełniania" dokumentów.

19

■ Odwołujący, podobnie jak w innych miejscach odwołania, stara się przenieść możliwość samouzupełnienia dokumentów dla wykazania warunków udziału w postępowaniu na samouzupełnienie dokumentów służących innemu celowi - a więc punktacji wykonawców w ramach przewidzianej przez Zamawiającego procedury prekwalifikacji.
■ O ile samouzupełnienie dokumentu składanego dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu można uzasadnić tym, że zamawiający i tak ma obowiązek stworzenia wykonawcy szansy uzupełnienia taki dokumentów (art. 26 ust. 3 Pzp) to tego rodzaju zasada (w tym obowiązek żądania uzupełnienia dokumentów) nie dotyczy dokumentów służących punktacji wykonawcy.
■ Działania Odwołującego można porównać do sytuacji, w której wykonawca po terminie składania ofert dosyła zamawiającemu dodatkowy (uzupełniony) wykaz i dokumenty w celu uzyskania wyższej punktacji swojej oferty, a finalnie w celu wyboru jego oferty.
■ Dopuszczenie do możliwości samouzupełniania dokumentów służących punktacji wykonawców prowadziłoby do zaburzenia uczciwej konkurencji. Przykładowo, wykonawca znając wykaz innych konkurentów mógłby uzupełnić własny wykaz, tak by otrzymać wyższą punktację. Tego rodzaju działania, już co do zasady, należy uznać za niedopuszczalne.
■ Jednocześnie podkreślił, że Zamawiający w treści Sekcji IV.1.2) Ogłoszenia o zamówieniu wyraźnie zastrzegł, że dokona klasyfikacji wykonawców „w oparciu o oświadczenia i dokumenty, które Wykonawcy zobowiązani są dostarczyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu". Tylko dokumenty i oświadczenia złożone wraz z tym wnioskiem (a nie uzupełnione po terminie składania wniosków) mogły stanowić podstawę oceny Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający nie mógł brać pod uwagę wykazu dostaw przesłanego przez Odwołującego w dniu 11.05.2016 r.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp przez uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu TTcomm z 01.07. 2016 r., a następnie niewykonanie czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniami zwartymi w tym odwołaniu, w szczególności uznania samodzielnego uzupełnienia „Wykazu dostaw", jako wiążącego, po czym nieuznanie tego samodzielnego uzupełnienia zgodnie z treścią uzasadnienia Informacji 2 ad wniosku TTcomm.
■ W pierwszej kolejności należy podnieść, że w treści odwołania postawiono zarzut naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 Pzp, który w sprawie nie znalazł w ogóle zastosowania.
■ Wydając wyrok w sprawie KIO 1175/16, KIO 1181/16, KIO oddaliła odwołanie TTcomm w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosku Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o., zaś w pozostałym zakresie umorzyła postępowanie odwoławcze. Analiza uzasadnienia tego wyroku pozwala na wniosek, że Izba przyjęła taką konstrukcję, że - pomimo wniesienia sprzeciwu przez uczestników postępowania wobec uwzględnienia przez Zamawiającego

20

odwołania w całości - umorzyła postępowanie odwoławcze w odniesieniu do części zarzutów odwołań uznając, że w tym zakresie sprzeciwów nie ma.
■ Abstrahując od zasadności powyższego założenia, istotne dla niniejszego odwołania jest to, że przyjęty przez Izbę stan rzeczy podpada pod art. 186 ust. 3 Pzp, a nie pod art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp, który został przez Odwołującego objęty treścią odwołania.
■ To, że w sprawie możliwa jest ocena czynności Zamawiającego jedynie przez pryzmat art. 186 ust. 3 Pzp, nie zaś przez pryzmat art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp, można wyprowadzić zarówno z brzmienia przepisów prawa, jak i podstaw prawnych podanych przez Izbę w uzasadnieniu rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1175/16, KIO 1181/16.
■ Przepis art. 186 ust. 2 Pzp ma zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygn. akt KIO 1175/16, KIO 1181/16, przystąpienia zostały zgłoszone - a więc oczywistym jest, że skarżony przez Odwołującego art. 186 ust. 2 Pzp nie miał

zastosowania. Następnie, w podstawie prawnej rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, Izba podała art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp (str. 45 wyroku z 15.07.2016 r., sygn. akt KIO 1175/16, KIO 1181/16). Przepis art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp odwołuję się z kolei wyłącznie do art. 186 ust. 3 Pzp. W konsekwencji, Odwołujący mógł ewentualnie postawić zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 Pzp - a nie art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp. Na wypadek ewentualnej argumentacji ze strony Odwołującego o omyłce, Przystępujący podnosi, że Odwołujący jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, a co za tym idzie podany w odwołaniu zakres zaskarżenia należy uznawać za wiążący. Nie można w szczególności dokonywać obecnie zmiany zarzutu na podstawie ewentualnych twierdzeń o omyłce.
■ Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji, z procesowego punktu widzenia zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp powinien zostać oddalony już ze względu na sam fakt, iż przepis ten nie znajduje zastosowania w tej sprawie, zaś w treści odwołania Odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia art. 186 ust. 3 Pzp, a tym samym zarzut ten nie może być przedmiotem oceny Izby.
■ Z ostrożności, Przystępujący podnosił, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można przypisać Zamawiającemu zaniechania wykonania żądań zawartych w treści odwołania TTcomm z 01.07.2016 r.
■ W treści odwołania z 01.07.2016 r., nie postawiono - jak stara się to sugerować Odwołujący - żądania uznania przez Zamawiającego, jako wiążącego, Wykazu dostaw uzupełnionego samodzielnie przez Odwołującego.

■ Wnioskami odwołania z 01.07.2016 r., było objęte jedynie żądanie „nakazania Zamawiającemu ponownej oceny spełniania warunków udziału i wniosków złożonych przez Wykonawców w postępowaniu oraz dokonania ich prawidłowej klasyfikacji".
■ Zamawiający de facto wykonał przedmiotowe żądanie, w szczególności dokonał prawidłowej klasyfikacji wniosków. Fakt, iż wniosek Odwołującego nie został zakwalifikowany do grona 5-ciu wykonawców, nie oznacza automatycznie, że klasyfikacja dokonana przez Zamawiającego nie jest prawidłowa i zgodna z przepisami prawa.
■ Sprzeciwił się wywodom Odwołującego o rzekomym przyznaniu przez Zamawiającego faktów, z których Odwołujący wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Przede wszystkim uwzględnienie przez Zamawiającego wcześniejszego odwołania - co, do której to czynności zostały wniesione sprzeciwy - nie może być utożsamiane z przyznaniem przez Zamawiającego dopuszczalności złożenia w sposób samodzielny Wykazu dostaw, jak również przyznaniem, że Wykaz ten ma mieć dla Zamawiającego charakter wiążący.
■ Gdyby czynność procesową w postaci złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania traktować, jako przyznanie faktów - jak stara się to wywodzić Odwołujący - to bezprzedmiotową byłaby cała regulacja prawna dotycząca możliwości wniesienia sprzeciwu przez uczestników postępowania. Można postawić pytanie, jaki sens miałyby przepisy prawa przewidujące możliwość wniesienia sprzeciwu, gdyby Izba miała traktować stanowisk o uwzględnieniu odwołania, jako przyznanie przez zamawiającego faktów, mających następnie stanowić podstawę faktyczną wydawanego orzeczenia.
■ Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że fakty przyznane nie wymagają dowodu, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości. W dalszej zaś części uzasadnienia odwołania, sam Odwołujący, przedstawił argumenty przemawiające właśnie za tym, że owo „przyznanie" musiałoby w tym przypadku zostać ocenione, jako budzące wątpliwości (Odwołujący sam wskazywał m.in., że „można zaryzykować tezą, że Zamawiający postanowił na posiedzeniu przed KIO w dniu 14.07.2016 r. jedynie pozornie uwzględnić zarzuty" str. 16 odwołania).
■ Ponadto, zgodnie z art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp, nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.
■ W przypadku umorzenia postępowania Izba nie ocenia merytorycznie sprawy, nie bada tym samym zgodności przyznania z rzeczywistym stanem rzeczy.
■ Ponadto, przedmiotem przyznania mogą być tylko fakty, a nie ocena tych faktów. W tej sprawie, ewentualnie przyznanym faktem, mogłoby być jedynie to, że Odwołujący złożył samodzielnie Wykaz dostaw po terminie składania wniosków, a nie to, że złożenie tego Wykazu było dopuszczalne, wiążące bądź, że na podstawie tego Wykazu Odwołującemu

należą się punkty.

22

■ Niezależnie od powyższych kwestii, kluczowym w zakresie omawianego zarzutu pozostaje nie to, czy Zamawiający nie wykonał żądań Odwołującego, ale to, że czynność Zamawiającego z 27.02.2017 r. jest zgodna z przepisami ustawy Pzp.
■ To, że Zamawiający nie przeprowadził oceny wniosków w sposób projektowany i oczekiwany przez Odwołującego po zakończeniu sprawy o sygn. akt KIO 1175/16, KIO 1181/16, nie stanowi samoistnej przesłanki do uwzględnienia odwołania, w tym do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp. Przepis art. 192 ust. 2 Pzp uzależnia bowiem uwzględnienie odwołania od tego, czy doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
■ Jeżeli Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wniosków, to sama ewentualna okoliczność, że nie nastąpiło to w sposób oczekiwany przez Odwołującego (nawet jeżeli faktycznie sposób tej oceny miałby być determinowany tą częścią sentencji wyroku Izby z 15.07.2016 r., w której Izba umorzyła postępowanie odwoławcze - czemu Przystępujący zaprzecza), to i tak finalnie kluczowe pozostaje to, czy dokonana ocena wniosków jest prawidłowa i zgodna z przepisami Pzp. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. Tytułem przykładu: w wyroku z 21.01.2016 r., sygn. akt: KIO 2859/15, w wyroku z 20.10.2014 r. sygn. akt KIO 2056/14.
■ W niniejszej sprawie, Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. W szczególności - wbrew twierdzeniom Odwołującego - Zamawiający nie mógł dokonywać punktacji wniosku Odwołującego w oparciu o samodzielnie uzupełniony Wykaz. Tego rodzaju działanie stanowiłoby właśnie naruszenie przepisów Pzp, w tym naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 4 Pzp oraz art. 57 ust. 3 Pzp.

W dniu 21.03.2017 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Odnośnie zarzutu 1, 2 i 3. Nie zgodził się z Odwołującym, iż Zamawiający dokonując już pierwszej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie miał pewności, jak interpretować postanowienia z sekcji III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu i w konsekwencji tego stosował zróżnicowane kryteria. Zarówno, dokonując pierwszej, drugiej, jak i trzeciej oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania się przez Wykonawców *„wykonaniem, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, co najmniej jednej dostawy terminala satelitarnego o aparaturze anteny powyżej 1 m o wartości co najmniej 2 000 000 PLN",* przy czym „Zamawiający *będzie przyznawał punkty za wykazanie się,* że *Wykonawca wykonał (wykonuje) więcej niż jedną dostawę terminali satelitarnych spełniających wymagania określone w sekcji III.2.3) ust. 1 niniejszego Ogłoszenia".* Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przyjął warunek dostawy

23

rozumianej nie jako jeden stosunek umowny, ale jako dające się wyodrębnić rzeczowe świadczenie polegające na dostawie jednego zestawu satelitarnego. Wskazał, iż na etapie postępowania wpłynęły do Zamawiającego pytania od wykonawców (Telespiazio, KenBIT, WZŁ) odnoszące się w szczególności do warunku dostawy, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi pismem nr W3648/15 z 27.03.2015 r., w którym m.in. wskazał: *„Zamawiający informuje, że w procedurze przyznawania punktów będzie brał pod uwagę ilość zrealizowanych dostaw o wymaganej wartości, tj. nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł", „Zamawiający informuje, że dostawa referencyjna o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł może obejmować dowolną ilość terminali satelitarnych o aparaturze anteny powyżej Im", „Zamawiający informuje, że na spełnienie warunku o którym mowa w sekcji III.2.3) us. 1 wymagane jest wykazanie się co najmniej jedną dostawą terminali satelitarnych o aparaturze anteny powyżej Im, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł".* / Dowód: Pismo KenBIT nr 5738 z dnia 23.03.2015 r.; Pismo WZŁ nr 1 nr 5994 z 23.03.2015 r.; Pismo Telespazio nr 6030 z 24.03.2015 r., Pismo IU nr W3648/15 z 27.03.2015 r./. Tak, jak podkreślone zostało w orzeczeniu KIO z o sygn. akt: KIO 1175/16, wydanym w przedmiotowym postępowaniu, *„Izba wskazuje, że Zamawiający oceniał takie ilości dostaw, jakie wskazali mu sami wykonawcy w swoich wykazach dostaw".* Odwołujący w wykazie wykonanych dostaw

z 10.04.2015 r. przedstawił:

1. Dostawę Terminali Satelitarnych VSAT typu SLAVE wraz z usługą integracji na potrzeby systemu teletransmisji zgodnie z umową nr 53/07/2014 z 27.02.2014;
2. „Dostawę Terminali Satelitarnych VSAT typu SLAVE wraz z usługą integracji na potrzeby systemu teletransmisji oraz dostawę zestawów Rx, Tx do pasma Ku o mocy 100 W zgodnie z umową nr 563/07/2014 z 07.10.2014.

/Dowód: Wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw TTcomm S.A. z 20.04.2015 r./. Odwołujący wykazał więc wykonanie dwóch dostaw, na potwierdzenie czego przedłożył referencje. Przy czym również z referencji wynika, iż Odwołujący wykonał dwie dostawy. W referencjach wystawionych przez Jednostkę Wojskową nr 4226 potwierdzono, że „TTcomm *S.A. zrealizował w sierpniu 2014 roku, w ramach umowy nr 5/07/2014 z dnia 27.02.2014 r. dostawę terminali satelitarnych wraz z usługą integracji na potrzeby systemu teletransmisji", zaś „w marcu 2015 roku, w ramach umowy nr 563/07/2014 z dnia 07.10.2014 r. dostawę terminali satelitarnych VAST typu SLAVE wraz z usługą integracji na potrzeby systemu teletransmisji".* Zważywszy na powyższe, Zamawiający nie miał podstaw do wyodrębnienia dostaw w ramach umowy. Co więcej, to na Wykonawcy ciążył obowiązek wykazania Zamawiającemu ilości wykonanych dostaw spełniających warunek Ogłoszenia o zamówieniu./ Dowód: Referencje z 07.10.2014 r.; Poświadczenie z 14.04.2015 r./. Zamawiający wskazał, iż nie miał podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie dostaw ujętych w wykazie, tak jak zarzuca Odwołujący, z uwagi na

fakt, iż Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu. Zastosowanie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 czy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp możliwe jest w takim zakresie, w jakim złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie w celu uzyskania dodatkowych punktów warunkujących zaproszenie do składania ofert wstępnych. To „w *sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich wyjaśnienia, a zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 PZP"* (Informacja o wynikach kontroli uprzedniej UZP/DKUE/KU/125/13)

Odnośnie zarzutu 4. Nie można w żaden sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Zamawiający powinien uznać samodzielnie uzupełniony przez Odwołującego „Wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw" złożony w dniu 11.05.2016 r. Zamawiający nie uznał samodzielnie przedłożonego dodatkowo w dnia 11.05.2016 r. wykazu, z uwagi na fakt, iż Wykonawca (TTcomm S.A.) spełniał warunek udziału w postępowaniu na podstawie Wykazu złożonego w dniu 20.04.2015 r. wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przede wszystkim wskazał KIO w wyroku z 19.04.011 r., KIO 742/11. Co za tym idzie, samouzupełnienie na które powołuje się Odwołujący możliwe byłoby w sytuacji, w której złożony 20.04.2015 r. wykaz byłby niewystarczający do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowej jednak sprawie, Odwołujący przedłożył prawidłowy i wystarczający do spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykaz, co za tym idzie - jego uzupełnienie nie miało na celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz jedynie zwiększenia punktacji. Przywołał wyrok KIO z 19.04.2011 r., KIO 742/11. Podobnie orzekła KIO w wyroku z 20.02.2015 r., sygn. akt: KIO 242/15. Uzupełnienie dokumentów powinno bowiem służyć potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie uzyskaniu przez wykonawcę większej ilości punktów przy ocenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i tym samym zwiększeniu jego szans na zaproszenie do składania ofert. Liczba wskazanych przez TTcomm S.A. w wykazie pierwotnie załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dostaw wystarczyła bowiem na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dopiero gdyby dokumenty nie potwierdziły spełnienia warunku, Zamawiający byłby uprawniony do wezwania Wykonawcy o uzupełnienie wykazu dostaw o inne zamówienia wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W zaistniałej sytuacji Zamawiający nie był uprawniony do uwzględnienia i punktowania dodatkowych dostaw wskazanych w wyniku samouzupełnienia dokonanego przez Odwołującego. Powyższe potwierdziła KIO w wyroku z 19.04.2011 r., KIO 742/11. Wskazał, iż skorzystanie przez Odwołującego z prawa wglądu do dokumentacji postępowania (28.04.2016 r.) i następnie po dokonanej analizie wykazów dostaw innych Wykonawców, przedłożenie uzupełnionego wykazu dostaw (11.05.2016 r.) stanowi naruszenie zasady

równości i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 Pzp. Stwierdzenie, więc Odwołującego, jakoby przez samouzupełnienie wykazu „naczelna zasada równości ujęta w art. 7 Pzp nie doznałaby uszczerbku" jest daleko mijające się z prawdą.

Odnośnie zarzutu 5. Zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Powołuje się na wyrok KIO z 07.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1124/16. Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej w załączniku nr 1 do Uchwały nr 3/2013 z 05.07.2013 r., *„Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r."* przedstawiło interpretację przepisu wskazując: *„Niejednokrotnie, w przypadku niezasadnego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, uwzględnienie żądań ponownego odwołania na podstawie art. 186 ust 2 lub 3 ustawy, prowadziłoby do nakazywania egzekwowalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Konieczne stało się więc odejście w orzecznictwie od samonarzucającej się w tym zakresie, literalnej wykładni ww. przepisów oraz taka ich wykładnia i zastosowanie, które uwzględnią cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego ".* I tak, w uzasadnieniu wyroku KIO z 15.02.2012 r., sygn. akt: KIO 217/12, także w wyroku KIO z 09.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2804/12. Izba odmówiła uwzględnienia żądań odwołania, powołującego się na literalne brzmienie art. 186 ust. 2 Pzp, względem czynności zamawiającego, który nie wykonał wszystkich czynności objętych żądaniami uprzednio uwzględnionego odwołania. W ocenie Izby, przy ponownie wykonywanych czynnościach Zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ich prawidłowości, a czynności będące tego wynikiem mogły nie odpowiadać żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym odwołaniu. Wskazał też na wyrok KIO z 07.07.2016 r., KIO 1124/16. Zamawiający, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, kierował się zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowaniem uczciwej konkurencji i tym samym nie wziął pod uwagę samodzielnie uzupełnionego wykazu dostaw, ponieważ wykonawca spełnia warunek wiedzy i doświadczenia i tym samym nie było konieczne uzupełnienie wykazu dostaw. Zastosowanie czynności wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp możliwe jest w takim zakresie, w jakim dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie w celu uzyskania dodatkowych punktów warunkujących zaproszenie do składania ofert wstępnych. Odpowiednio należy stosować to do samouzupełnienia dokumentów przez wykonawcę.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 462/17:

W dniu 10.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A. wniosła odwołanie na czynności z 27.02.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.03.2017r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp:

1. Art. 57 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaproszenie do składania ofert wstępnych Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub których klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana, w szczególności:
Wobec Uczestnika 1 / KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J./:
a) Niezgodne z Pzp oraz zapisami z sekcji IV 1.2) ust. 1 oraz sekcji III 2,3) ust. 2 Ogłoszenia o zamówieniu przyznanie Uczestnikowi 1 liczby 3 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy wskazana przez Uczestnika 1 w Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw - dostawa nr 1 dla podmiotu JW 2305 - nie powinna być zakwalifikowana, albowiem została ona wykonana zrealizowana nienależycie, a na Uczestnika 1 została nałożona kara umowna - przez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp,
Wobec Uczestnika 2 /Konsorcjum firm: 1) Wojskowy Instytut Łączności im. prof. dr hab. Janusza Groszkowskiego, ul. Warszawska 22A, 05-130 Zegrze Południowe; 2) W.Z. Wood System Integrator, ul. Miedziana 3a, 00-814 Warszawa; 3) Enamor Sp. z o.o., ul. Morska 85, 81-225 Gdynia/:
a) Niezgodne z Pzp oraz zapisami z sekcji IV 1.2) ust. 1 oraz sekcji III 2.3) ust, 1 Ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 2 liczby 3 punktów za wykazane dostawy, w sytuacji gdy dostawy wskazane przez Uczestnika 2 w Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw, zostały przedstawione z naruszeniem treści SIWZ i nie powinny zostać zakwalifikowane - przez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2

pkt 4 Pzp,
Wobec Uczestnika 3 /THALES Polska Sp. z o.o./:
a) Niezgodne z Pzp oraz zapisami z sekcji IV 1.2) ust. 1 oraz sekcji III 2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 3 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy dostawy wskazane przez Uczestnika 3 w Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw, zostały przedstawione z naruszeniem treści SIWZ i nie powinny zostać zakwalifikowana - przez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp,
b) Niezgodne z Pzp oraz zapisami sekcji VI 3) pkt 13 uznanie, iż Uczestnik 3 składając Oświadczenie Pana J.M.L. z 14.04.2015 r. uczynił to w sposób prawidłowy mimo m.in. braku złożonego na tym dokumencie podpisu, a w konsekwencji braku złożenia przez Uczestnika 3 prawidłowego dokumentu w języku polskim - czym doszło do naruszenia art. 9 ust. 2 Pzp,
2. Art. 57 ust. 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nieprzyznanie Odwołującemu odpowiedniej liczby punktów w klasyfikacji wykonawców w oparciu o warunek wiedzy i doświadczenia, mimo iż Odwołujący wykazał poprzez skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego wykonania więcej niż pięciu dostaw dodatkowych, za które zgodnie z określoną w ogłoszeniu punktacją winien otrzymać 4 punkty, podczas gdy Zamawiający z naruszeniem powołanych przepisów Pzp nie uznał udostępnionego doświadczenia (dostaw) przyznając Odwołującemu tylko 2 pkt

w klasyfikacji, co w konsekwencji doprowadziło także do niezgodnego z prawem niezaproszenia Odwołującego do złożenia oferty wstępnej,
3. Art. 26 ust. 2b Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, iż zobowiązanie innego podmiotu do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie określa sposobu wykorzystania przez Odwołującego zasobów, zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia jak i zostało podpisane przez osobę do tego nienależycie umocowaną,
4. Ewentualnie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w zakresie realności udostępnionych zasobów w sytuacji gdy Zamawiający powziął wątpliwość w tym zakresie,
5. Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z tych powodów wnosił o:
1. Uwzględnienie odwołania,
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania oceny wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu w zakresie przyznanych punktów w ramach prekwalifikacji wykonawców i zaproszenia do składania ofert wstępnych,
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu pod kątem przyznania wykonawcom punktów w ramach ich wstępnej kwalifikacji, a w konsekwencji obniżenia ilości punktów przyznanych Uczestnikowi 1, Uczestnikowi 2 oraz Uczestnikowi 3, a także przyznanie Odwołującemu 4 pkt, umieszczenie Odwołującego w odpowiednim miejscu tabeli punktacyjnej I zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty wstępnej,
4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu według norm przepisanych.

Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaproszenie do składania ofert wstępnych Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub których klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana:

Wobec Uczestnika 1. Zgodnie z informacją Zamawiającego z 27.02.2017 r. Zamawiający w odniesieniu do Uczestnika 1, w wyniku dokonanej oceny zakwalifikował 4 dostawy wymienione na poz. nr 1, nr 2, nr 3 i nr 4 w Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw. Zgodnie z „Wykazem wykonanych lub wykonywanych dostaw", dostawę umieszczoną pod poz. nr 1 Uczestnik 1 realizował na rzecz podmiotu - JW 2305. Pismem z 25.08.2015 r. Zamawiający poprosił podmiot na rzecz którego świadczona była dostawa tj. JW 2305 o wyjaśnienia, albowiem Uczestnik 1 przedstawił referencje (z 07.11.2013 r.), potwierdzające wykonanie umowy na dostawę stacji satelitarnej VSAT *„z zastrzeżeniem § 12 ust. 2 oraz § 8 ust 8 pkt 9 ppkt 8"* umowy.

W odpowiedzi JW 2305 pismem z 02.09.2015 r. wskazała, które zapisy umowy nie zostały zrealizowane. Z pisma tego wynika, że:
• § 12 ust. 2 - „W przypadku, gdy nie później niż na 7 /siedem/ dni przed upływem terminu realizacji umowy określonego w § 3, Wykonawca zawiadomi Zamawiającego o powodach niemożności wykonania umowy w tym terminie, Zamawiający ma prawo do opustu cenowego udzielanego przez Wykonawcę w wysokości 0,1% wartości niezrealizowanej części umowy brutto za każdy dzień opóźnienia, począwszy od terminu realizacji umowy, określonego w § 3, do dnia jej faktycznego wykonania.",
• § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8 - „W przypadku stwierdzenia w okresie gwarancji wad fizycznych w dostarczonych wyrobach, Wykonawca zwróci Zamawiającemu równowartość wadliwych wyrobów powiększoną o karę umowną w wysokości 10% ich wartości, jeżeli nie wykona zobowiązań wynikających z pkt 2 i 4.",
• § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 2 - „W przypadku stwierdzenia w okresie gwarancji wad fizycznych w dostarczonych wyrobach, Wykonawca usprawni wadliwe wyroby w terminie 21 /dwudziestu jeden/ dni, Ucząc od daty otrzymania „Protokołu reklamacji": a) usunie wady w dostarczonych wyrobach w miejscu, w którym zostały one ujawnione lub na własny koszt dostarczy je do swojej siedziby w celu ich usprawnienia. Wykonawca ponosi wszystkie koszty związane z usunięciem niesprawności, b) dostarczy w wyżej wymienionym terminie, na własny koszt, do miejsca, w którym wady zostały ujawnione, zamiast wyrobów wadliwych - wyroby wolne od wad.",
• § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 4 - „W przypadku stwierdzenia w okresie gwarancji wad fizycznych w dostarczonych wyrobach, Wykonawca wymieni wadliwy wyrób na nowy, w terminie 45 /czterdziestu pięciu/ dni, licząc od daty utrzymania „Protokołu reklamacyjnego", jeżeli a) nie dotrzymał terminu naprawy określonego w pkt 2, b) po dokonaniu w okresie gwarancji 2 /dwóch/ istotnych napraw wyrób nadal będzie wskazywał wady." Co ważne, JW 2305 w Piśmie z 02.09.2015 r. wskazała, że Uczestnik 1 uiścił wszystkie należności wynikające z zapisów umowy - § 12 ust. 2 oraz § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8). Jeśli zatem Uczestnik 1 zapłacił należności to nie wykonał spoczywających na nim w związku z z § 12 ust. 2 oraz § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8) umowy z JW 2305 obowiązków i został zmuszony do zapłaty kar umownych.

Po pierwsze Uczestnik 1 w Wykazie wskazał dostawę, którą wykonał w sposób nienależyty i to dodatkowo wynikający z jego winy. Uczestnik 1 bowiem nie był w stanie wykonać umowy w ustalonym terminie i został zmuszony do zastosowania odpowiedniego upustu. Co ważne, Uczestnik 1 uznał zasadność upustu, a zatem przyznał, że wykonał umowę w sposób nienależyty, gdyż nie dotrzymał ustalonego w umowie terminu. Po drugie, JW 2305 w Piśmie wskazała i potwierdziła, że dostarczone przez Uczestnika 1 wyroby posiadały wady fizyczne. Zgodnie z § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8 umowy łączącej JW 2305 z Uczestnikiem 1, w przypadku takim Uczestnik 1 winien w terminie 21 dnia usprawnić

wadliwe wyroby i usunąć wady w dostarczonych wyrobach lub dostarczyć w wyżej wymienionym terminie wyroby wolne od wad. Jednak jak oświadczyła JW 2305, Uczestnik 1 uregulował należności wynikające z zapisów umowy - § 12 ust. 2 oraz § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8). A zatem Uczestnik 1 został zmuszony zwrócenia Zamawiającemu równowartości wadliwych wyrobów powiększonej o karę umowną w wysokości 10% ich wartości.
Z powyższego wynika, że Uczestnik 1 wykazał w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw" dostawę, w której w okresie gwarancji stwierdzono wady fizyczne dostarczonych towarów. Ponadto jest to dostawa, podczas realizacji której Uczestnik 1 nie usunął wad wyrobu, nie usprawnił wyrobu, nie wymienił wyrobu na nowy. Zdaniem Odwołującego zakwalifikowanie tej dostawy przez Zamawiającego jest niedopuszczalne. Co ważne, Uczestnik 1 zastosował upust I uiścił karę umowną, co jest potwierdzeniem, że dostarczone wyroby faktycznie posiadały wady a ponadto, że Uczestnik 1 nie wykonał żadnych obowiązków, które w takim przypadku nakładała na niego umowa z JW 2305. Niewykonanie umowy przez Uczestnika 1 doprowadziło JW 2305 do rozwiązania ostatecznego tj. nałożenia na Uczestnika 1 przewidzianej na taką okoliczność kary umownej. Stwierdził, że Uczestnik 1 nie wykonał swoich zobowiązań umownych. Jak słusznie wskazał SN w wyroku z 27.09.2013 r., sygn. akt: I CSK 748/12 kara umowna jest sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Warto również wskazać postanowienie SN z 15.11.2012 r., w którym Sąd zwrócił uwagę, że kara umowna może być zastrzegana tylko za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego. Sąd Najwyższy rozpatrując kwestię kar umownych sformułował w wyroku z 18.08.2005 r., sygn.

akt: V CK 90/05 tezę, w myśl której kary umowne mogą być wyłącznie sankcją za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązań niepieniężnych. Pragnę zwrócić uwagę na jeszcze jeden wyrok SN z 15.09.1998 r., sygn. akt: III CKN 337/98, w który wskazał, że kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od tego w jakiej wysokości doznał szkody na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Przekładając powyższe orzeczenia na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że Uczestnik 1 - płacąc karę umowną - przyznał się do niewykonania umowy we wskazanym zakresie. Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe zakwalifikowanie przez Zamawiającego dostawy którą Uczestnik 1 wykonał w sposób sprzeczny z umową - uiszczając z tego tytułu kary umowne. Nie bez znaczenia jest również fakt, że naliczenie kar umownych wynika pośrednio z faktu, że Uczestnik 1 dostarczył wyroby niskiej jakości - wyroby zawierające wady. Z powyższych względów Zamawiający nie może zakwalifikować tej dostawy jako dostawy prawidłowej, co w konsekwencji oznacza zmniejszenie liczby zakwalifikowanych dostaw i co skutkuje obniżeniem liczby punktów przyznanych Uczestnikowi 1- z 3 do 2 pkt.

30

Wobec Uczestnika 2. Zamawiający w wyniku dokonanej oceny zakwalifikował 4 dostawy wykonane przez Uczestnika 2, tj. dostawy wskazane w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw" pod pozycjami nr 2, nr 3, nr 4 i nr 5. Uczestnik 2 wskazał, że zostały one wykonane odpowiednio w latach 2013-2014, 2013- 2014, 2012-2013 i 2012-2013. Zgodnie z Załącznikiem nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu - Wykaz wykonanych (wykonywanych) dostaw - firma winna oświadczyć, że wykonała przedmiot dostawy w dacie wykonania określonej w sposób: dd.mm.rrrr. Uczestnik 2 tego nie zrobił, wskazując jedynie w Piśmie do Zamawiającego z 13.11.2015 r., że „(...) klienci firmy ASC Signal Corporation nie wyrazili zgody na ujawnianie pełnych dat kontraktów. Podkreślił, że na poparcie wyżej wspomnianego twierdzenia Uczestnik 2 nie przedstawił żadnych dowodów. Abstrahując jednak od powyższego, należy jednoznacznie stwierdzić, że Uczestnik 2 w sposób oczywisty złożył ofertę, która jest niezgodna z wymogami SIWZ. Załącznik nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu stanowi jasno w jaki sposób należy opisać datę wykonania dostawy. Co ważne, nie dopuszcza rozwiązania alternatywnego. Aby złożony dokument był zgodny z SIWZ, musi posiadać datę wykonania wskazaną w sposób: dd.mm.rrrr. Z powodów nieznanych Odwołującemu, Zamawiający zamiast nie brać pod uwagę tak opisanych dostaw, uznał i zakwalifikował je wszystkie, nie bacząc na oczywistą sprzeczność z SIWZ, czym w sposób bezdyskusyjny Zamawiający naruszył Pzp. Zaznaczył, że Zamawiający wezwał Uczestnika 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie dat wykonania poszczególnych dostaw, lecz ten w odpowiedzi jak już wskazano nie zrobił tego, argumentując w sposób lakoniczny i nie poparty żadnymi dowodami, że na taki zabieg zgody nie wyrazili klienci ASC Signal Corporation. Zdaniem Odwołującego przyczyna braku wskazania daty wykonania jest w tym przypadku bez znaczenia. Kluczowy jest fakt, że Uczestnik 2 nie podał dat wykonania dostaw w sposób zgodny z żądaniem Zamawiającego, w związku z czym nie wypełnił w sposób poprawny zobowiązania wynikającego z treści SIWZ. Dlatego też, w ocenie Odwołującego dostaw tych - jako niespełniających warunków, w jaki winny zostać opisane - Zamawiający nie powinien zakwalifikować i nie brać ich pod uwagę w procesie przyznawania punktów. Czynność Zamawiającego polegająca na zakwalifikowaniu dostaw, które zostały opisane w sposób sprzeczny z SIWZ, według Odwołującego naruszają art. 7 ust. 1 Pzp zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający nie zapewnił w postępowaniu równego traktowania wykonawców, gdyż w sposób całkowicie nieuzasadniony zrobił dla Uczestnika 2 wyjątek i nie biorąc pod uwagę treści SIWZ, zaakceptował błędnie opisane dostawy. Warto jeszcze raz podkreślić, że sposób w jaki wykonawcy mieli opisać datę wykonania dostawy był jeden i nie podlegał zmianom - a dla Uczestnika 2 Zamawiający

31

---

zmodyfikował treść SIWZ. Jak trafnie orzekła KIO w wyroku z dnia 19.10.2016 r., sygn. akt: KIO 1880/16 nieuzupełnienie na wezwanie Zamawiającego, skierowane w trybie przepisu

art. 26 ust. 3 p.z.p. dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu stanowi klasyczny przypadek niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Dnia 27.05.2015 r. KIO podjęła uchwałę o sygn. akt: KIO/KD 29/15, w której stwierdziła, że literalne i ścisłe egzekwowanie wymogów wskazanych w SIWZ jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyrokiem z 20.05.2015 r., sygn. akt: KIO 982/15 KIO orzekła, że to wykonawca ma wykazać - ponad wszelką wątpliwość - poprzez złożenie wskazanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (brak domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę). Albowiem wszystkie dostawy Uczestnika 2 zakwalifikowane przez Zamawiającego zawierają opisany w niniejszej części Odwołania błąd i są tym samym niezgodne z SIWZ, mając na uwadze, że działanie Zamawiającego nosi znamiona nierównego traktowania wykonawców należy stwierdzić, że faktycznie Uczestnik 2 nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i z tego względu winien zostać wykluczony z postępowania.

Wobec Uczestnika 3

Zamawiający w wyniku dokonanej oceny zakwalifikował 5 dostaw wskazanych przez Uczestnika 3 w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw". Zakwalifikowane dostawy znajdujące się na poz. nr 2, nr 3, nr 4 i nr 5 zostały wykonane na rzecz Dyrekcji Generalnej ds. Uzbrojenia we Francji (fr. DGA - Direction Generale de 1'Armement). Zakwalifikowana dostawa pod pozycją nr 7 została zaś zrealizowana na rzecz NATO - Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa (ang. ISAF - International Security Assistance Force). Zgodnie z Załącznikiem nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu - Wykaz wykonanych (wykonywanych) dostaw - firma winna oświadczyć, że wykonała przedmiot dostawy w dacie wykonania określonej w sposób: dd.mm.rrrr. Załącznik nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu stanowi jasno w jaki sposób należy opisać datę wykonania dostawy. Co ważne nie dopuszcza rozwiązania alternatywnego. Aby złożony dokument był zgodny z SIWZ, musi posiadać datę wykonania wskazaną w sposób: dd.mm.rrrr. Uczestnik 3 wskazał w każdej z zakwalifikowanych dostaw jedynie rok ich wykonania co powoduje, że dokument został złożony niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Na marginesie wskazał, że Uczestnik 3 nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać jego - skądinąd oczywiście niezgodne z SIWZ - działanie. Odwołujący zwraca uwagę, że Uczestnik 3 nie podał dat wykonania dostaw w sposób zgodny z żądaniem Zamawiającego, w związku z czym nie wypełnił w sposób poprawny zobowiązania wynikającego z treści SIWZ. Dlatego też, w ocenie Odwołującego dostaw tych - jako niespełniających warunków w jaki winny zostać opisane - Zamawiający

nie powinien zakwalifikować i nie brać ich pod uwagę w procesie przyznawania punktów. Czynność Zamawiającego polegająca na zakwalifikowaniu dostaw, które zostały opisane w sposób sprzeczny z SIWZ, według Odwołującego naruszają art. 7 ust. 1 Pzp zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający nie zapewnił w postępowaniu równego traktowania wykonawców, gdyż w sposób całkowicie nieuzasadniony zrobił dla Uczestnika 3 (podobnie jak dla Uczestnika 2) wyjątek i nie biorąc pod uwagę treści SIWZ, zaakceptował błędnie opisane dostawy. Warto jeszcze raz podkreślić, że sposób w jaki wykonawcy mieli opisać datę wykonania dostawy był jeden i nie podlegał zmianom - a dla Uczestnika 3 Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ. Jako, że w dotychczas wskazanym zakresie zarzuty wobec czynności Zamawiającego dokonanych wobec Uczestnika 2 i Uczestnika 3 są podobne, należy po raz wtóry przytoczyć zasadne i trafne orzeczenia KIO w tej kwestii. Jak trafnie wskazała KIO w uchwale z 27.05.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 29/15 w której stwierdziła, że literalne i ścisłe egzekwowanie wymogów wskazanych w SIWZ jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyrokiem z 20.05.2015 r., sygn. akt: KIO 982/15 KIO orzekła, że to wykonawca ma wykazać - ponad wszelką wątpliwość - poprzez złożenie wskazanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (brak domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę). Jako, że wszystkie dostawy Uczestnika 3 zakwalifikowane przez Zamawiającego zawierają opisany w niniejszej części Odwołania błąd i są niezgodne

z SIWZ, mając na uwadze, że działanie Zamawiającego nosi znamiona nierównego traktowania wykonawców należy stwierdzić, że faktycznie Uczestnik 3 nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i z tego względu winien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący wskazał, że Uczestnik 3 złożył dokument „Declaration" w wersji angielskiej datowany na dzień 14.04.2015 r., podpisany przez Pana J.M.L.e. Zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Zgodnie zaś z sekcją VI 3) 13 SIWZ dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z ich tłumaczeniem na język polski. Uczestnik 3 złożył dokument „Oświadczenie" datowany na dzień 14.04.2015 r., który jednak zawiera istotne błędy, które skutkują tym, iż zasadne i trafne jest stwierdzenie, że Uczestnik 3 nie złożył wymaganego przez Pzp oraz SIWZ dokumentu sporządzonego w języku obcym z tłumaczeniem na język polski.

W pierwszej kolejności wskazał, że przedłożony przez Uczestnika 3 dokument „Oświadczenie" jest niepodpisany. Oświadczenie, które nie jest podpisane, w sposób oczywisty nie może być uznane na skuteczne. Wskutek braku złożonego podpisu, Zamawiający nie ma żadnej pewności, że przedstawiona wersja polska jest faktycznie tożsama w swej treści z podpisaną wersją angielską. Jako, że Zamawiający nie ma obowiązku znać języka angielskiego, że językiem postępowania jest język polski oraz, że do załączenia wersji polskiej pisma Uczestnika 3 zobowiązywał SIWZ, mając na uwadze, braki w dokumencie złożonym przez Uczestnika 3, stwierdzić należy, że Uczestnik 3 nie złożył poprawnego dokumentu „Declaration" w wersji polskiej, w związku z czym złożona przez niego oferta jest sprzeczna z SIWZ. Ponadto, na skutek - jak wykazano - braku poprawnej wersji polskiej dokumentu z 14.04.2015 r., nie sposób uznać, że Uczestnik 3 był uprawniony do nie wykazywania listów referencyjnych czy potwierdzeń wykonanych robót i dostaw dotyczących poz. nr 7 Wykazu. Co więcej nie znajduje też żadnego uzasadnienia wskazanie w tej pozycji jedynie roku dostawy, zamiast bezwzględnie wymaganego przez SIWZ i Zamawiającego trybu: dd.mm.rrrr. Jak zasadnie wskazała KIO w wyroku z 03.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1041/11; KIO 1043/11 tłumaczenie składanego dokumentu musi być pełne, tj. musi odzwierciedlać całą treść zawartą w dokumencie wraz z zamieszczonymi w nim oznaczeniami, pieczęciami i innymi elementami, które zostały w nim umieszczone. Przekładając powyższe orzeczenie na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że abstrahując od faktu, że oświadczenie z 14.04.2015 r. jest nieskuteczne, gdyż jest nie podpisane, to dane Pana A.C. oraz stanowisko Pana J.M.L.e są wskazane jedynie w wersji angielskiej, co jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ, przepisami Pzp oraz co stoi w oczywistej sprzeczności z zaprezentowanym wyżej stanowiskiem KIO. Z wyżej wskazanych względów, wszystkie dostawy zakwalifikowane przez Zamawiającego, znajdujące się na poz. nr 2, nr 3, nr 4, nr 5 i nr 7 zostały przez Uczestnika 3 opisany w sposób błędny oraz sprzeczny z SIWZ. Z tego też względu nie powinny zostać przez Zamawiającego uwzględnione. Z uwagi na to, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców należy stwierdzić, że faktycznie Uczestnik 3 nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i z tego względu winien zostać wykluczony z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu I nieprzyznania Odwołującemu odpowiedniej liczby punktów w klasyfikacji wykonawców w oparciu o warunek wiedzy i doświadczenia, mimo iż Odwołujący wykazał poprzez skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego wykonania więcej niż pięciu dostaw dodatkowych, za które zgodnie z określoną w ogłoszeniu punktacją winien otrzymać 4 punkty, podczas gdy Zamawiający z naruszeniem powołanych przepisów ustawy Pzp nie uznał udostępnionego doświadczenia (dostaw) przyznając

Odwołującemu tylko 2 punkty w klasyfikacji, co w konsekwencji doprowadziło także do niezgodnego z prawem niezaproszenia Odwołującego do złożenia oferty wstępnej, oraz

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, iż zobowiązanie innego podmiotu do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres

korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie określa sposobu wykorzystania przez Odwołującego zasobów, zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia jak i zostało podpisane przez osobę do tego nienależycie umocowaną. Na wstępie wskazuję, że Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy posiadanych zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, sporządzone w imieniu Spółki Giga Communications Limited z siedzibą w Hertfordshire w Wielkiej Brytanii przez Pana T.C. zostało podpisane przez osobę do tego upoważnioną, w związku z czym jest ono skuteczne i wiążące. Po pierwsze wskazuję, że Zaświadczeniem sporządzonym przez p. S.H. - Sekretarza Spółki Giga Communications Limited - dnia 30.05.2015 r. zostało potwierdzone, że Pan T.C. pełni funkcję dyrektora zarządzającego Spółki Giga Communications Limited. Potwierdzeniem powyższego jest dodatkowo raport roczny za rok 2015 Spółki Giga Communications Limited, z którego wynika, że: 1) Pani S.H. jest sekretarzem Spółki oraz, że 2) Pan T.C. jest dyrektorem zarządzającym Spółki. /Dowód: Raport roczny Spółki Giga Communications Limited str. 54 i 55; Raport roczny Spółki Giga Communications Limited str. 85/. Pan T.C. był uprawniony złożyć Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Odwołującego posiadanych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia z 08.04.2015 oraz Oświadczenia z 27.03.2015 r. albowiem zgodnie z art. 154-181 brytyjskiej Ustawy o Spółkach z 2006 roku Spółkę Limited reprezentuje jednoosobowo każdy Dyrektor Spółki, a jedynie Umowa Spółki może ograniczyć tę zasadę, która jednak nie ma wpływu na stosunki zewnętrzne. Na uwagę zasługuje ponadto treść art. 161 brytyjskiej Ustawy o Spółkach z 2006 r., w którym stwierdza się że działania Dyrektora Spółki są zawsze ważne bez względu na to, że później ustali się że Dyrektor został nieprawidłowo powołany czy też przekroczył swoje kompetencje. /Dowód: Wyciąg z brytyjskiej Ustawy o Spółkach z 2006 roku wraz z tłumaczeniem art. 161/. A zatem udowodnione ponad wszelką wątpliwość zostało powyżej, że Zobowiązanie zostało podpisane przez osobę do tego umocowaną - i to z mocy ustawy - oraz, że jest skuteczne i wiążące.

W dniu 29.09.2015 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, gdyż zdaniem Zamawiającego Odwołujący powinien przedstawić dokumenty dotyczące Spółki Giga Communications Limited wskazane w sekcji III 2.1 ust. 2) SIWZ w związku z sekcją III 2.1 ust. 6) pkt 2 SIWZ. W dniu 10.02.2017 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego Zawiadomienie o unieważnieniu czynności powyższego Wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający uznał bowiem, że wezwanie do

uzupełnienia dotyczy jedynie dokumentów składanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie by uzyskać punktację warunkującą dopuszczenie do składania oferty wstępnej. Zdaniem Odwołującego sama czynność Wezwania do uzupełnienia z 29.09.2015 była bezzasadna, gdyż Zamawiający nie miał obowiązku wzywać Odwołującego do złożenia tychże dokumentów, albowiem Wniosek Odwołującego nie wymagał uzupełnienia. W wyniku niezgodnej z Pzp i SIWZ czynności Zamawiającego, sześć dostaw wskazanych przez Odwołującego w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw" nie zostało zakwalifikowanych, a w konsekwencji Odwołujący nie został zaproszony do złożenia oferty wstępnej. Odwołujący zwrócił uwagę, że dokumenty wymienione w sekcji III 2.1 ust. 2) SIWZ, byłby on zobowiązany złożyć, jeżeli podmiot na którego zasobach polega Odwołujący tj. Giga Communications Limited, miałby brać udział w realizacji części zamówienia (sekcja III 2.1 ust 6). Wskazuję, że Spółka Giga Communications Limited nie będzie uczestniczyła w realizacji żadnej części przedmiotowego zamówienia i z tego też względu Wezwanie wystosowane przez Zamawiającego jest bezprzedmiotowe. Odwołujący wykona przedmiot zamówienia całkowicie samodzielnie, korzystając jedynie z wiedzy i doświadczenia Spółki Giga Communications Limited. Nie będzie ona na żadnym etapie realizacji przedmiotu postępowania, samodzielnie realizować pewnej jego części. Jedynym zobowiązaniem Spółki Giga Communications Limited będzie - jak wskazano w Zobowiązaniu - udostępnienie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (wyrok KIO 906/16 z 27.06.2016 r.). Nie można zatem czynić Odwołującemu zarzutu, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez Spółkę Giga Communications Limited na rzecz Odwołującego nastąpi na podstawie takiej a nie innej umowy. W szczególności nazwa umowy jest w tej kwestii całkowicie bez znaczenia. Liczy się bowiem jej przedmiot, a tym

będzie tylko i wyłącznie oddanie do dyspozycji Odwołującego wiedzy i doświadczenia, a nie udział Spółki Giga Communications Limited w realizacji części zamówienia. Jak trafnie orzekła KIO w wyroku z 19.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1424/16 art. 26 ust. 2b Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował udostępnionymi zasobami w zakresie niezbędnym na potrzeby wykonania zamówienia.

Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy, wymaga podkreślenia zatem fakt, że art. 26 ust. 2 Pzp zobowiązuje Odwołującego do udowodnienia, że Spółka Giga Communications Limited udostępni zasoby w zakresie niezbędnym na potrzeby wykonania zamówienia. Artykuł nie zawiera essentiatia negoti takiego zobowiązania. Kluczowe jest aby Zamawiający uznał zobowiązanie i udzielenie zasobów za wiarygodne i należycie udowodnione. Zdaniem Odwołującego zobowiązanie sporządzone przez Pana T.C. w imieniu Spółki Giga Communications Limited należycie udowadnia, że Spółka ta odda

Odwołującemu zasób w postaci wiedzy i doświadczenia. Podsumowując tę część Odwołania wskazuję, że Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia podpisane przez Pana T.C. jest skuteczne. Ponadto, z uwagi na fakt, że Spółka Giga Communications Limited nie będzie uczestniczyła w realizacji żadnej części przedmiotowego zamówienia, Odwołujący nie był zobowiązany do przedstawienia dokumentów o których mowa w sekcji III 2.1 ust. 2) SIWZ w związku z sekcją III 2.1 ust. 6) pkt 2 SIWZ. Dlatego też Wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 29.09.2015 r. jest bezprzedmiotowej.
W konsekwencji, Zamawiający winien zakwalifikować wszystkie dostawy wymienione w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw" i w efekcie przyznać Odwołującemu maksymalną liczbą punktów, gdyż liczba dostaw przekracza 5. W związku z przedstawionymi wyżej argumentami ponad wszelką wątpliwość uznał, że:
(1) Uczestnik 1 wykazał w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw" dostawę, w której w okresie gwarancji stwierdzono wady fizyczne dostarczonych towarów. Jest to dostawa, podczas realizacji której Uczestnik 1 nie usunął wad wyrobu, nie usprawnił wyrobu, nie wymienił wyrobu na nowy,
(2) Zakwalifikowanie kwestionowanej przez Odwołującego dostawy Uczestnika 1 przez Zamawiającego jest niedopuszczalne,
(3) Uczestnik 1 zastosował upust i uiścił karę umowną, co jest potwierdzeniem, że dostarczone wyroby faktycznie posiadały wady a ponadto, że Uczestnik 1 nie wykonał żadnych obowiązków, które w takim przypadku nakładała na niego umowa z JW 2305,
(4) Kara umowna może być zastrzegana tylko za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego,
(5) Uczestnik 1 - płacąc karę umowną - przyznał się do niewykonania umowy we wskazanym zakresie,
(6) Zamawiający nie może zakwalifikować kwestionowanej dostawy Uczestnika 1 jako dostawy prawidłowej, co w konsekwencji oznacza zmniejszenie zakwalifikowanych dostaw i co skutkuje obniżeniem liczby punktów przyznanych Uczestnikowi 1 - z 3 do 2 punktów,
(7) Uczestnik 2 w sposób oczywisty złożył ofertę, która jest niezgodna z wymogami SIWZ,
(8) Zamawiający wezwał Uczestnika 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie dat wykonania poszczególnych dostaw, lecz ten w odpowiedzi nie zrobił tego,
(9) W ocenie Odwołującego kwestionowanych dostaw Uczestnika 2 oraz Uczestnika 3 - jako niespełniających warunków w jaki winny zostać opisane - Zamawiający nie powinien zakwalifikować i nie brać ich pod uwagę w procesie przyznawania punktów,
(10) Czynność Zamawiającego polegająca na zakwalifikowaniu dostaw Uczestnika 2 oraz Uczestnika 3, które zostały opisane w sposób sprzeczny z SIWZ, według Odwołującego naruszają art. 7 ust. 1 Pzp,

(11) Wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający nie zapewnił w postępowaniu równego traktowania wykonawców, gdyż w sposób całkowicie nieuzasadniony i bezprawny zrobił dla Uczestnika 2 oraz Uczestnika 3 wyjątek,
(12) Albowiem wszystkie dostawy Uczestnika 2 oraz Uczestnika 3 zakwalifikowane przez Zamawiającego są niezgodne z SIWZ, mając na uwadze, że działanie Zamawiającego nosi znamiona nierównego traktowania wykonawców należy stwierdzić, że faktycznie Uczestnik 2

oraz Uczestnik 3 nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu i z tego względu winni zostać wykluczeni z postępowania,
(13) Pan T.C. był uprawniony złożyć Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Odwołującego posiadanych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia z 08.04.2015 oraz Oświadczenia z 27.03.2015 r. albowiem zgodnie z art. 154-181 brytyjskiej Ustawy o Spółkach z 2006 roku Spółkę Limited reprezentuje jednoosobowo każdy Dyrektor Spółki, a jedynie Umowa Spółki może ograniczyć tę zasadę, która jednak nie ma wpływu na stosunki zewnętrzne,
(14) Czynność Wezwania do uzupełnienia z 29.09.2015 była bezzasadna, gdyż Zamawiający nie miał obowiązku wzywać Odwołującego do złożenia tychże dokumentów,
(15) Spółka Giga Communications Limited nie będzie uczestniczyła w realizacji żadnej części przedmiotowego zamówienia i z tego też względu Wezwanie wystosowane przez Zamawiającego jest bezprzedmiotowe,
(16) Odwołujący wykona przedmiot zamówienia całkowicie samodzielnie,
(17) Nie można czynić Odwołującemu zarzutu, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez Spółkę Giga Communications Limited na rzecz Odwołującego nastąpi na podstawie takiej a nie innej umowy,
(18) Zdaniem Odwołującego zobowiązanie sporządzone przez p. T.C. w imieniu Spółki Giga Communications Limited należycie udowadnia, że Spółka ta odda Odwołującemu zasób w postaci wiedzy i doświadczenia,
(19) Zamawiający winien zakwalifikować wszystkie dostawy wymienione przez Odwołującego w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw" i w efekcie przyznać Odwołującemu maksymalną liczbę punktów, gdyż liczba dostaw przekracza 5.

Zamawiający w dniu 13.03.2017 r. (faxem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.03.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) MEGMAR Logistics&Consulting Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 15.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu

W dniu 16.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) THALES Polska Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 21.03.2017 r. (faxem) KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., złożyło pismo procesowe Przystępującego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu na posiedzeniu.

I. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania

■ Odwołujący oparł odwołanie na dowodach w postaci: Raportów rocznych ww. spółki oraz wyciągu z brytyjskiej ustawy o spółkach z 2006 r.

■ Przedmiotowe dowody należy uznać za materiał stanowiący element konstytuujący treść odwołania. Przedmiotowe dokumenty miały wykazywać prawidłowość zobowiązania podmiotu trzeciego, spółki Giga Communications Limited z siedzibą w Hertfordshire, a finalnie potwierdzać kluczowy zarzut zaniechania przyznania Odwołującemu punktów za dostawy zrealizowane przez ten podmiot.

■ Odwołujący nie przesłał jednak ww. materiału wraz z tłumaczeniem na język polski.

■ Brak przesłania tych dokumentów wraz z tłumaczeniem na język polski należy ocenić w sposób tożsamy, jakby Odwołujący w ogóle nie przesłał Zamawiającemu przedmiotowych dowodów. W orzecznictwie Izby, za wystarczającą podstawę do odrzucenia odwołania, uznano m.in. nieczytelność załączonych do odwołania dowodów, uniemożliwiającą zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska odwołującego (postanowienie KIO z 06.06.2012 r. sygn. akt KIO 1066/12).

■ Tym krytyczniej należy ocenić sytuację, gdy Zamawiający w ogóle nie może zapoznać się

ze złożonymi wraz z odwołaniem dowodami z uwagi na to, że nie zostało mu przedstawione tłumaczenie na język polski.
■ Zamawiający nie ma obowiązku dokonywania tłumaczenia dowodu, żeby w ten sposób otworzyć sobie możliwość zapoznania się z całością merytorycznego stanowiska Odwołującego. Zgodnie z § 19 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 t.j.), wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

39

■ Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp, odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.
■ Przekazanie dowodów w języku obcym nie tylko, że jest sprzeczne z ww. § 19 pkt 3 rozporządzenia, ale także nie czyni zadość ustawowemu wymogowi przekazania odwołania w taki sposób, który pozwala zamawiającemu na zapoznanie się z treścią odwołania.
■ Istotą obowiązku z art. 180 ust. 5 Pzp jest umożliwienie zamawiającemu zapoznania się z całością merytorycznego stanowiska odwołującego, od czego uzależniona jest decyzja zamawiającego, co do jego własnego stanowiska względem zarzutów, w tym rozważenie żądania oddalenia odwołania bądź złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania, czy uznania nawet części zarzutów. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie może w całości poznać tego stanowiska obowiązek z art. 180 ust. 5 Pzp nie zostaje wykonany.
■ W ocenie Przystępującego, dowody, dla których Odwołujący nie złożył tłumaczenia na język polski stanowiły istotny element konstytuujący treść odwołania. Miały na celu wykazanie kluczowej, dla dalszej argumentacji Odwołującego, kwestii dotyczącej skuteczności złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego, a finalnie kwestii dotyczącej możliwości przyznania Odwołującemu punktów za dostawy przez ten podmiot zrealizowane. Nie przekazując tłumaczenia tych dowodów Odwołujący de facto nie przekazał całości odwołania, a tym samym uniemożliwił Zamawiającemu zapoznanie się z całością merytorycznej argumentacji Odwołującego. W konsekwencji nie doszło do przekazania Zamawiającemu odwołania stosownie do art. 180 ust. 5 Pzp. W tym stanie rzeczy, w ocenie Przystępującego, zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.
II. W zakresie wniosku o pozostawienie części zarzutów bez rozpoznania
■ W stosunku do Przystępującego Odwołujący skoncentrował swoje zarzuty na referencjach przedstawionych dla zadania z pkt 1 Wykazu dostaw (str. 7-8 wniosku Przystępującego), tj. referencji JW 2305 z 07.11.2013 r.
■ Odwołujący zakwestionował nie tylko punktację przyznaną przez Zamawiającego w oparciu m.in. o ww. referencje, ale również spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
■ W ocenie Przystępującego zarzut w zakresie „błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu" jest zarzutem spóźnionym.
■ Zamawiający już w ramach pierwszej czynności - Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 21.06.2016 r. - poinformował wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego, o uznaniu, że Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu.

40

■ Na ówczesnym etapie postępowania Odwołujący mógł powziąć informację o treści referencji z 07.11.2013 r., w oparciu, o które konstruuje obecnie twierdzenia o niewykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
■ Co istotne, w czasie pomiędzy pierwszą Informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 21.06.2016 r., a obecną Informacją z 27.02.2017 r., Zamawiający nie podejmował żadnych czynności nakierowanych na badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec Przystępującego. Nie zaistniały też w tej materii żadne nowe okoliczności, które nie były znane na moment pierwszej Informacji z dnia 21.06.2016 r.
■ W tym stanie rzeczy stawianie obecnie zarzutu, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia

warunków udziału w postępowaniu należy uznać za spóźnione. Odwołujący mógł ewentualnie podnosić tego rodzaju zarzut na etapie pierwszej Informacji z dnia 21 czerwca 2016 r. Odwołujący już na ówczesnym etapie miał możliwość zaskarżenia rzekomo niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
■ Podnoszenie przedmiotowego zarzutu na aktualnym etapie jest niezgodne z podstawowym założeniem zasady koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej. Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga przede wszystkim by wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone od razu po powzięciu informacji o naruszeniach przez Zamawiającego. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby (wyrok KIO z 27.04.2011 r. KIO 792/11). Ponowne dokonanie przez Zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu co do istoty. Izba niejednokrotnie w swoim orzecznictwie wyjaśniała, że kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalne, ale jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w zw. z powtarzaniem czynności w postępowaniu (przykładowo wyrok KIO z 02.03.2011 r., sygn. akt: KIO 336/11). Na poparcie powyższego wskazać należy wyrok SO w W-wie z 24.04. 2006 r., V Ca 56/06, w którym wyłożył zasadę koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje.
■ Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż dopuszczenie możliwości skutecznego podnoszenia kolejnych nowych zarzutów wobec konkurencyjnych wykonawców opartych na twierdzeniach, które mogły być przy zachowaniu należytej staranności podniesione wcześniej, nie tylko stałoby w sprzeczności z art. 7 ust. 1 Pzp, ale także prowadziłoby do znacznej przewlekłości procedury. Uniemożliwiłoby też lub poważnie utrudniło realizację zasad wydatkowania środków publicznych i stałoby w sprzeczności z zasadą szybkości postępowania (tak m.in. postanowienie KIO z 26.01.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 191/10).

■ Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Odwołujący na obecnym etapie nie jest uprawniony do podnoszenia niniejszego zarzutu, bowiem 21.06.2016 r., w dniu opublikowania przez Zamawiającego informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia miał możliwość kwestionowania spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.
■ Bez znaczenia pozostaje tutaj fakt, iż Zamawiający w dniu 13.07.2016 r. podał do wiadomości informację o unieważnieniu czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również okoliczność, iż w następstwie ponownego badania ofert dnia 27.02.2017 r. Zamawiający opublikował informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Kolejna bowiem ocena ofert Wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie przywróciła Odwołującemu terminu zaskarżenia czynności lub zaniechań Zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu pierwszej oceny.
■ Z uwagi na fakt, iż przepisy Pzp nie przewidują częściowego odrzucenia odwołania, orzecznictwo KIO, jak również sądów okręgowych, wykształciło możliwość odpowiedniego stosowania przesłanek dotyczących odrzucenia odwołania (w całości) do odrzucenia poszczególnych zarzutów odwołania, w sytuacji, gdy zarzuty te podpadają pod przesłanki przewidziane w art. 189 ust. 2 Pzp. Tytułem przykładu wskazał na wyrok SO w Przemyślu z 11.05.2015 r., sygn. akt: I Ca 131/15. Tożsame stanowisko zostało przyjęte w wyroku KIO z 22.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1457/15. Podobnie w wyroku KIO z 18.06.2015 r., sygn. akt KIO 1165/15. W niniejszej sprawie, gdyby odwołanie ograniczało się do zarzutu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na referencje z 07.11.2013 r., podlegałoby - jako spóźnione - odrzuceniu. To, że zarzut ten został postawiony przez Odwołującego obok innych zarzutów nie czyni tego zarzutu dopuszczalnym.
III. W zakresie wniosku o oddalenie odwołania
■ Przystępujący z oczywistych względów koncentruje swoją argumentację na obaleniu zarzutów i twierdzeń podniesionych względem jego wniosku oraz punktacji przyznanej Przystępującemu przez Zamawiającego. Niemniej jednak, poprzedzając powyższą argumentację, Przystępujący podnosi okoliczność mającą znaczenie względem całości

zarzutów odwołania.
■ Jak wynika z uzasadnienia Zamawiającego, w którym przedstawiono szczegóły dotyczące otrzymywanych punktów za dostawy, Zamawiający uzasadnił nie zakwalifikowanie dostaw przedstawionych przez Odwołującego w poz. 4-9 Wykazu dostaw (wykonanych przez podmiot trzeci), m.in. tym, że - cytując - „Dodatkowo brak poświadczeń potwierdzających należyte wykonania dostaw przez podmiot trzeci".

■ W żadnej części odwołania Odwołujący nie odniósł się do powyższej podstawy faktycznej decyzji Zamawiającego. W szczególności Odwołujący nie zakwestionował tego, że nie złożył poświadczeń potwierdzających należyte wykonania dostaw przez podmiot trzeci. Odwołujący skoncentrował się wyłącznie na argumentacji dotyczącej braku obowiązku przedkładania dokumentów podmiotu trzeciego.
■ W konsekwencji należy uznać, że Odwołujący zgodził się z argumentem Zamawiającego i de facto przyznał, że nie złożył poświadczeń należytego wykonania dostaw zrealizowanych przez podmiot trzeci.
■ W tym stanie rzeczy nawet ewentualne podważenie decyzji Zamawiającego, który odwołał się do argumentu o braku złożenia dokumentów podmiotu trzeciego, nie czyni decyzji Zamawiającego błędną, gdyż prawidłowość działania Zamawiającego wynika również z argumentu o braku złożenia poświadczeń potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez podmiot trzeci - czego, jak wskazano wcześniej Odwołujący, nie zaskarżył.
■ W konsekwencji nawet ewentualne wykazanie wadliwości nie zakwalifikowania dostaw z poz. 4-9 Wykazu dostaw z uwagi na nie przedstawienie przez Odwołującego dokumentów podmiotu trzeciego, nie będzie naruszeniem, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania, co przemawia przeciwko uwzględnieniu odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp).
■ Względem Przystępującego, Odwołujący oparł zarzuty odwołania na treści referencji z 07.11.2013 r., dotyczącej zamówienia wykonanego na rzecz JW 2305. Z poczynionej w treści tego dokumentu adnotacji „z zastrzeżeniem § 12 ust. 2 oraz § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8", Odwołujący wywodzi tezę o nienależytym wykonaniu przedmiotu dostawy.
■ Powyższa teza jest całkowicie nieuzasadniona i nie znajduje oparcia zarówno w stanie faktycznym sprawy, jak i orzecznictwie KIO i sądów powszechnych.
■ Referencje wystawione przez Jednostkę Wojskową nr 2305 - na które wskazuje Odwołujący - stanowią potwierdzenie należytego wykonania umowy przez Przystępującego. Z treści przedłożonych referencji jednoznacznie wynika, iż zamówienie zostało wykonane „z należytą starannością".
■ Celem złożenia referencji jest potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Przez sformułowanie „z należytą starannością" wystawca potwierdził, że Przystępujący wykazał się profesjonalizmem i pełnym zaangażowaniem, jest rekomendowany jako solidny, rzetelny, godny polecenia wykonawca. Zgodnie z wyrokiem SO w Bydgoszczy z 23.10.2012 r. (sygn. akt VIII Ga 137/12) „przez należyte wykonanie zamówienia-w kontekście przepisów § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) - należy rozumieć zgodnie z art. 355 §1 k.c. w zw. żart. 14p.z.p. staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, przy czym ocena

należytej staranności powinna uwzględniać całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe techniczne wykonanie czynności".
■ Referencje nie służą wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale potwierdzeniu, że dana dostawa została wykonana należycie (tak wyrok KIO z 20.03.2013 r., sygn. akt: KIO 527/13).
■ Poboczna treść wystawionych referencji, do której nawiązuje Odwołujący, pozostaje bez znaczenia w kontekście całościowej oceny przedstawionej przez wystawcę referencji, w szczególności nie podważa faktu należytego wykonania przedmiotu umowy. Samo stwierdzenie „z należytą starannością" jest w tej materii wystarczające, a zarazem przesądzające, że dostawa na rzecz JW 2305 została wykonana należycie.
■ Przystępujący sygnalizuje, że na etapie rozprawy przed Izbą przedstawi dowody

potwierdzające, że przedmiot umowy - zgodnie z treścią wystawionych referencji - został wykonany w sposób należyty, i oceny tej nie może zmieniać adnotacja o zastosowaniu postanowień § 12 ust. 2 oraz § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8. Jednocześnie dla przybliżenia okoliczności, jakie zaistniały przy realizacji umowy nr 26/WŁH/2013, Przystępujący wskazuje, co następuje:
- spośród całości świadczeń wykonawcy składających się na realizację dostawy stacji satelitarnej specjalnej VSAT na platformie mobilnej, zaistniały w toku realizacji umowy problem dotyczył marginalnej i kosztowo nieistotnej kwestii związanej z regulowaniem, w pojeździe będącym platformą mobilną tej stacji, kolumny kierownicy oraz poduszką powietrzną pasażera, co dla działania stacji satelitarnej specjalnej VSAT pozostawało bez znaczenia.
- Wykonawca, pismem z 27.09.2013 r., zgłosił powyższe kwestie JW 2305 informując, że podjął u producenta pojazdu (Mercedes Benz Polska) działania w celu uzyskania ww. funkcjonalności pojazdu, a w konsekwencji doposażenia pojazdu w regulowaną kierownicę oraz poduszkę powietrzną pasażera.
- Po otrzymaniu zgody producenta pojazdu Wykonawca, na własny koszt, dokonał modernizacji kolumny kierownicy do poziomu możliwości jej regulacji w dwóch płaszczyznach.
- Jednocześnie Wykonawca nie miał możliwości domontowania poduszki powietrznej pasażera, gdyż uzyskał stanowisko producenta, iż nie przewiduje możliwości doposażenia fabrycznego samochodu w poduszkę powietrzną pasażera w warunkach warsztatowych.
- Finalnie, jedyną nie rozwiązaną kwestią pozostała kwestia poduszki powietrznej pasażera, co przy wartości kontraktu 2.196.780,00 zł stanowiło wartość znikomą - jak wskazał producent pojazdu, różnica katalogowa w cenie zakupu pojazdu z poduszką powietrzną pasażera, a pojazdu bez tej poduszki wynosiła 1.240 zł, co stanowi 0,056% wartości przedmiotu umowy.

- Wykonawca pismem z 08.10.2013 r. poinformował JW 2305 o braku możliwości doinstalowania poduszki powietrznej pasażera oraz o wykonaniu na własny koszt regulowanej kierownicy pojazdu. W odpowiedzi, pismem z 10.10.2013 r., JW 2305 poinformował, że: *„przyjmie pojazd protokolarnie w stanie wynikającym z cytowanego wyżej pisma".*
- Strony przedmiotowej umowy doszły de facto do porozumienia, co do zmiany sposobu wykonania elementu zamówienia związanego z poduszką powietrzną pasażera. Brak jest tym bardziej podstaw do przyjmowania tezy o nienależytym wykonaniu przedmiotu umowy.
- Jednoznacznym potwierdzeniem należytego wykonania umowy są protokoły odbioru:
1) Protokół nr 2/2013 odbioru technicznego z 11.10.2013 r., gdzie stwierdzono m.in. - „Wyrób zgodny z wymaganiami umowy nr 26/WŁH/2013".
2) Protokół Przyjęcia - Przekazania z 11.10.2013 r. Na uwagę zasługuje to, że we wszystkich 140 pozycjach protokołu potwierdzono spełnienie wymogów poprzez adnotację o treści „TAK".
- Kolejnym potwierdzeniem należytego wykonania przedmiotu umowy jest fakt przyjęcia przez JW 2305 faktury nr 41/10/2013 za realizację przedmiotu umowy. Jako podstawę przedmiotowej faktury wskazano: 1) umowę 26/WŁH/2013; 2) ww. protokoły; 3) Postanowienie kwalifikacyjne WIHiE nr 04/2013 z 27.09.2013 r. o dopuszczeniu do użytkowania stacji VSAT mobilnej.
■ Wskazał, że akcentowany przez Odwołującego § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8 umowy 26/WŁH/2013 nie dotyczył sytuacji nienależytego wykonania umowy. Paragraf 8 przedmiotowej umowy odnosi się w całości do „Gwarancji - Warunki serwisowania".
■ To, że na etapie gwarancji może po stronie Wykonawcy powstać obowiązek naprawy określonych elementów zamówienia jest naturalnym stanem rzeczy i istotą zobowiązania o charakterze gwarancyjnym. Zaistnienie obowiązku spełnienia świadczeń gwarancyjnych nie przekreśla w szczególności należytego wykonania zamówienia.
■ Zgodnie z § 8 ust. 8 pkt 9 ww. umowy, strony ustaliły, że w przypadku wad fizycznych wyrobu, wykonawca w pierwszej kolejności usprawni wadliwe wyroby w terminie 21 dni (pkt 2) lub wymieni wadliwy wyrób na nowy w terminie 45 dni (pkt 4).
■ Jak wskazano wcześniej, Wykonawca nie miał obiektywnej możliwości doposażenia otrzymanego od producenta pojazdu w poduszkę powietrzną pasażera. Z przyczyn od siebie niezależnych nie mógł więc ani usprawnić wyrobu, ani wymienić go na nowy.

■ Z tych też względów w sprawie został zastosowany § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8 umowy, w którym strony przewidziały, że wykonawca zwróci zamawiającemu równowartość wadliwych wyrobów powiększoną o karę umowną w wysokości 10% ich wartości, jeżeli nie wykona zobowiązań wynikających z pkt 2 i 4.

45

■ Jak wskazano wcześniej, różnica pojazdu z i bez poduszki powietrznej pasażera wynosiła 1.240 zł. Kara umowna mogła wynieść w tym przypadku 124 zł - co przy kontrakcie o wartości ponad 2 miliony złotych daje jasny obraz skali „problemu", z którego Odwołujący próbuje wywodzić tezę o nienależytym wykonaniu zamówieniu.
■ Warto także wskazać, że zamawiający JW 2305, uwzględnił obiektywny fakt braku możliwości usprawnienia czy wymiany wyrobu, gdyż w przytoczonym już piśmie z dnia 10 października 2013 r., w którym potwierdził przyjęcie pojazdu w stanie wynikającym z pisma Wykonawcy (tj. z regulowaną kierownicą wykonaną przez wykonawcę, oraz bez poduszki powietrznej pasażera], wskazał jednocześnie, że zamierza skorzystać z uprawnień wynikających z § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8. Brak poduszki powietrznej pasażera nie stanowił dla zamawiającego JW 2305 nienależytego wykonania zamówienia (nie było to w szczególności przeszkodą do podpisania protokołów odbioru], a jedynie okoliczność uprawniającą do naliczenia kary umownej (w dodatku nie z tytułu realizacji przedmiotu umowy, ale z tytułu obowiązków o charakterze gwarancyjnym/serwisowym].
■ Dodatkowo, należy krytycznie odnieść się do argumentacji Odwołującego, który okoliczność nałożenia kar umownych zrównuje de facto z nienależytym wykonaniem zamówienia (abstrahując już od tego, że w tym przypadku kara umowna dotyczyła elementu zamówienia nie mającego żadnego znaczenia dla prawidłowości wykonania dostawy stacji satelitarnej specjalnej VSAT, jak również jej wysokość była w zasadzie „symboliczna").
■ Przeciwko takiemu stanowisku Odwołującego przemawia wprost orzecznictwo KIO – np.: w wyroku KIO z 09.02.2016 r., sygn. akt: KIO 116/16
■ Stanowisko przedstawione ww. orzeczeniu znajduje szczególne przełożenie na okoliczności realizacji umowy nr 26WŁiI/2013.
■ W konsekwencji samo naliczenie jakiejkolwiek kary umownej nie może automatycznie skutkować uznaniem umowy za wykonaną w sposób nienależyty. Konieczne jest rozpatrzenie każdej sprawy indywidualnie, odnosząc się do podstaw naliczenia kary umownej, okoliczności powodujących naliczenia kary czy w końcu badaniu czy naruszenie powodujące naliczenie kary umownej zniweczyło rezultat całego zamówienia. Nie można bowiem przyjąć a priori, iż samo naliczenie kary umownej niweczy pozytywny odbiór przedmiotu zamówienia, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę stymulacyjną funkcję tejże instytucji.
■ Istotną kwestią jest również to, czy kary umowne zostały przez wykonawcę uiszczone dobrowolnie, czy też w wyniku rozstrzygnięcia sądowego, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca (tak m.in. wyrok KIO z dnia 27.08.2015 r., sygn. akt: KIO 1759/15). Fakt, iż Przystępujący uznał naliczenie kary umownej (w istocie strony porozumiały się, co do dostarczenia pojazdu bez tej poduszki) działa w niniejszym stanie rzeczy jedynie na jego korzyść, bowiem wykazał się on profesjonalizmem i poczuciem obowiązku (tym bardziej, gdy

46

---

wcześniej informował zamawiającego JW 2305 o przyczynach takiego stanu rzeczy i obiektywnym braku możliwości doposażenia pojazdu w poduszkę powietrzną pasażera, a JW 2305 zaakceptował to rozwiązanie).
■ Ponadto, w orzecznictwie Izby wskazuje się, że kara umowna jest instrumentem prawnym o znacznej elastyczności. Przyjęte przez strony w treści stosunku zobowiązaniowego ukształtowanie kary umownej w znacznym stopniu decyduje o tym, której z funkcji nadano najistotniejsze znaczenie. Funkcje kary umownej odnoszą się zarówno do sytuacji, w której pomimo jej zastrzeżenia doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jak i do sytuacji, w której dzięki stymulacyjnemu oddziaływaniu poczynionego zastrzeżenia kary zobowiązanie zostało wykonane prawidłowo.
■ W niniejszym przypadku karze umownej przewidzianej w odniesieniu do obowiązków o charakterze gwarancyjnym i warunków serwisowania, nie można w ogóle przypisywać cechy kary umownej za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy. W omawianej sprawie

nie sposób też mówić o celowym działaniu, jak również o rażącym zaniedbaniu.
■ Okoliczności determinujące naliczenie kary umownej miały bowiem charakter incydentalny.
■ W odniesieniu do zawartej w treści referencji adnotacji „z zastrzeżeniem § 12 ust. 2" w ogóle nie zachodzą przesłanki do postrzegania zastosowanego przez zamawiającego jw 2305 opustu cenowego w kategorii kary umownej, która mogłaby świadczyć o nienależytym wykonaniu przedmiotu zamówienia.
■ Opust cenowy, przewidziany w § 12 ust. 2 umowy, nie stanowił kary umownej lecz był rozwiązaniem przewidzianym przez zamawiającego JW 2305 na wypadek opóźnienia terminu realizacji umowy.
■ Skoro strony przewidziały w treści umowy sposób postępowania i uprawnienia zamawiającego w sytuacji, gdy do tego rodzaju opóźnienia dochodzi, to nie sposób uznawać, by wykonawca postępował niezgodnie z umową, bądź by wykonywał przedmiot dostawy w sposób nienależyty. Zarówno wykonawca, jak i zamawiający skorzystali w tym przypadku z rozwiązania, które zostało przewidziane w samej umowie.
■ Podkreślił, że w sprawie nie miał zastosowania § 12 ust. 3 umowy, zgodnie z którym, jako podstawę do odstąpienia od umowy oraz naliczenia kar umownych, zamawiający JW 2305, przyjął datę graniczną – 31.10.2013 r. Jak wskazano wcześniej Protokół Przejęcia - Przekazania Stacji satelitarnej specjalnej VSAT na platformie mobilnej został podpisany w dniu 11.10.2013 r.
■ Zgodnie z § 3 ww. umowy termin dostawy został ustalony na dzień 30.09.2013 r. Przekroczenie tego terminu nie skutkowało automatycznie odstąpieniem od umowy, gdyż w § 12 ust. 1 umowy, zamawiający JW 2305 przewidział odesłanie do § 12 ust. 2, na mocy którego - przy spełnieniu przez wykonawcę obowiązku wcześniejszego powiadomienia -

zastrzegł dla siebie uprawnienie do otrzymania opustu cenowego. Innymi słowy, zamawiający dopuścił realizację umowy po terminie z § 3, przy czym przekroczenie tego terminu dawało mu prawo do pomniejszenia wynagrodzenia wykonawcy.
■ Przekroczenie terminu samo w sobie nie niweczyło przedmiotu zamówienia, ani nie czyniło dostarczanej stacji satelitarnej urządzeniem wadliwie wykonanym.
■ Przystępujący dochował wymogów przewidzianych w § 12 ust 2 umowy, zawiadamiając zamawiającego JW 2305 o powodach niemożności zrealizowania dostawy do 30.09.2013 r. Jak wskazano wcześniej, zamawiający JW 2305 uwzględnił zaistniałe okoliczności skutkujące wydłużeniem czasu realizacji dostawy, tj. okoliczności związane z potrzebą wykonania kolumny kierownicy do poziomu możliwości jej regulacji w dwóch płaszczyznach oraz brakiem możliwości doposażenia pojazdu w poduszkę powietrzną pasażera. Zamawiający w piśmie z 10.10.2013 r. wskazał, że do dnia podpisania protokołu Przejęcia - przekazania mają zastosowanie zapisy § 12 ust. 2 umowy. Zamawiający nie traktował zaistniałej sytuacji, jako nienależyte wykonanie przedmiotu dostawy, ale jedynie, jako sytuację, w której ma prawo do zapłacenia wykonawcy niższego wynagrodzenia za należycie wykonany przedmiot dostawy. Strony doszły przy tym do porozumienia w przedmiocie terminu dostawy, który ostatecznie nastąpił w dniu 11.10.2013 r.
■ Należy przy tym podkreślić, że wysokość opustu cenowego wyniosła 19.224 zł netto, co przy wartości kontraktu ponad 2 mln zł nie stanowi istotnej wartości.
■ W pełni aktualne pozostają przedstawione już wcześniej argumenty. Przystępujący przywołuje w szczególności stanowisko przedstawione w ww. wyroku KIO z 09.02.2016 r., sygn. akt: KIO 116/16.
■ Podkreślił, że z samego faktu zaistnienia pewnego odstępstwa od przewidzianego terminu realizacji umowy, nie można wywodzić nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia (zwłaszcza, gdy tego rodzaju odstępstwo zostało przewidziane w samej treści umowy, i zwłaszcza, gdy zamawiający JW 2305 nie poniósł z tego tytułu szkody, wręcz przeciwnie - mógł ostatecznie zapłacić niższe wynagrodzenie za otrzymaną stację satelitarną VS AT).
■ Co również istotne, umowa, której należyte wykonanie kwestionuje Odwołujący nie zawiera postanowień, które pozwalałyby na uznanie, że z uwagi na zastosowanie § 12 ust. 2 oraz § 8 ust. 8 pkt 9 ppkt 8, miało miejsce nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie ma podstaw, by dla korzystnych dla siebie wniosków, kreować w tym przypadku definicję nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Należy zwrócić uwagę, że umowa określiła zasady dokonywania odbioru (§ 6 ust. 3). W § 6 ust. 3 ppkt 4 umowy wskazano m.in., że Protokół przejęcia - przekazania potwierdza dostawę „wyrobów

spełniających wymagania niniejszej umowy".
■ Jak wskazano wcześniej, strony podpisały Protokół przejęcia - przekazania. Nie można mieć więc wątpliwości, że Przystępujący zrealizował dostawę spełniającą wymagania

48

zamawiającego JW 2305. Co przy tym istotne, zamawiający nie poczynił w treści tego protokołu uwagi, by przedmiot umowy został dostarczony po terminie, lub by z tego powodu, był przedmiotem wykonanym nienależycie.
■ Reasumując, zarzuty Odwołującego postawione względem wniosku Przystępującego, nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Przystępującego zarzuty względem dostawy wykonanej na rzecz JW 2305 są całkowicie pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.
■ Jednocześnie, w związku z tym, że Odwołujący nawiązując do dostawy wykonanej na rzecz JW 2305 kwestionuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Przystępujący z ostrożności podkreśla, że w złożonym Wykazie dostaw wskazał m.in. w pozycji 2 dostawę wykonaną na rzecz JW 4724. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało wykazać się jedną dostawą.
■ Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie dopuścił się także naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp i w sposób prawidłowy dokonał punktacji wniosku Odwołującego. Nie doszło również do naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp. W tożsamy sposób należy ocenić zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, który w ogóle nie powinien znajdować zastosowania względem postulowanego przez Odwołującego wyjaśnienia realności udostępnionych zasobów. Przepis art. 26 ust. 4 Pzp dotyczy przy tym dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a nie dokumentów przedkładanych dla uzyskania większej liczby punktów w ramach prekwalifikacji. Dodatkowo, Odwołujący nie będący autorem wystawionych zobowiązań nie ma możliwości dokonywania wyjaśnień ich treści.
■ W sprawie nie doszło także do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający na każdym etapie postępowania kierował się ustalonymi przez siebie w momencie wszczęcia postępowania zasadami. Zasady i wymagania ustalone przez Zamawiającego były obiektywnie uzasadnione jego potrzebami. Według tychże zasad dokonał on oceny złożonych wniosków - każdy oceniając według tych samych, jednakowych kryteriów i wymaganych warunków udziału w postępowaniu. Nie ma żadnych racjonalnych podstaw do uznania, iż Zamawiający traktuje któregokolwiek z wykonawców w sposób uprzywilejowany. Wszelkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w postępowaniu dokonywane są z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Co istotne, zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawia się w jednakowej ocenie i jednakowym traktowaniu wykonawców - tj. według jednakowych warunków. Jednakże, wynik tej oceny może być różny w zależności od stopnia wykazania okoliczności podlegającym ocenie według kryteriów oceny bądź wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie - przestrzeganie tych zasad nie oznacza, że zamawiający ma w taki sposób przygotować i przeprowadzić postępowania, aby dopuścić wszystkich wykonawców działających na rynku, mogących wykonać dane zamówienie. Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, iż wszelkie podejmowane

49

w toku postępowania czynności Zamawiającego czyniły zadość zasadom określonym w art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 21.03.2017 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu. Odnośnie. Ad. 1 - Wykonawca KenBIT K. i Wspólnicy sp.j. w wykazie dostaw w poz. 1 wskazał dostawę wykonaną na rzecz podmiotu - JW 2305, co potwierdził załączonymi referencjami. Załączone z 07.11.2013 r. wystawione przez Jednostkę Wojskową nr 2305 już na wstępie zawiera zapis, że „dotyczy: referencji należytego wykonania umowy". W referencjach podkreślone zostało, że *„umowa została zrealizowana z należytą starannością",* Z uwagi na zamieszczone zastrzeżenie, Zamawiający zwrócił się do JW 2305 o wskazanie, czego dotyczy umieszczone zastrzeżenie. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający otrzymał pismo zawierające wskazane w zastrzeżeniu postanowienia umowy. Podkreślił, iż Zamawiający zgodnie z zapisami Ogłoszenia o zamówieniu, wymagał złożenia wraz z wnioskiem wykaz

wykonanych dostaw wraz z załączeniem dowodów (dokumentów) potwierdzających, że dostawa została wykonana należycie. Wskazane w referencjach zastrzeżenie odnosi się do opustów, których nie można utożsamiać z karami umownymi, co zrobił Odwołujący. Opust zastrzeżony zostaje w umowie na okoliczność „rabatu" udzielonego przez wykonawcę z tytułu zmian przedmiotu umowy, niemożności wykonania umowy z przyczyn nie tkwiących w winie wykonawcy. Naliczenie opustu nie jest konsekwencją niewykonania umowy czy nienależytego jej wykonania. Zgodnie z postanowieniami umowy, na podstawie której Wykonawca KenBIT K. i Wspólnicy sp.j. dokonał dostawy dla jednostki JW 2305, zastrzeżony został warunek, umożliwiający wykonawcy powiadomienie Zamawiającego o niemożności wykonania umowy, i w konsekwencji konieczności przedłużenia terminu jej wykonania. Oznacza to jednoznacznie, że Zamawiający przewidywał na etapie zawierania umowy, iż wykonawca może nie mieć możliwości wykonania umowy zgodnie z jej postanowieniami i tym samym zawarł zapisy odnośnie opustu - obniżenia wartości umowy w wyniku konieczności przedłużenia terminu, czy zrezygnowania z realizacji danej części umowy. Nie można wiec zgodzić się z Odwołującym, że wykonawca nie wykonał umowy. KenBIT K. i Wspólnicy sp.j, wykonał dostawę z należytą, starannością, co potwierdzają przedłożone referencje, a należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność) (wyrok KIO z 15.05.2012 r., KIO 858/12, KIO 861/12). Dodał, iż z informacji uzyskanych przez Zamawiającego, Wykonawca przy ostatecznym odbiorze dostarczył przedmiot dostawy bez poduszki powietrznej pasażera. Z uwagi na fakt, iż do tego modelu pojazdu producent samochodu nie montował poduszek, wykonawca nie mógł

wykonać tej części przedmiotu dostawy. Nawet, gdyby przyjąć tożsamość kar umownych i opustów, powołał się na wyrok KIO z 09.02.2016 r., sygn. akt: KIO 116/16 oraz na wyrokiem KIO z 16.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1383/16. Mając na uwadze powyższe, oraz główny przedmiot dostawy realizowanej na rzecz JW 2305, wskazanej w poz. 1 Wykazu dostaw przedstawionego przez KenBIT K. i Wspólnicy sp.j., jak też opis spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia sformułowany w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. dostawę terminali satelitarnych o aperturze anteny powyżej 1 m, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN, Zamawiający uznał, że brak poduszki powietrznej pasażera w pojeździe, na którym były montowane stacje satelitarne będące przedmiotem dostawy, nie może świadczyć o nienależytym wykonaniu dostawy terminali satelitarnych. Wskazał, iż wady czy usterki, które występują w okresie trwania gwarancji nie są rozpatrywane w zakresie wykazania zrealizowania dostawy. Dla potwierdzenia spełnienia warunku z sekcji III.2.3) ogłoszenia Wykonawca zobowiązany jest złożyć z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw w okresie 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...) wraz z załączeniem dowodów (dokumentów) potwierdzających, że dostawa została wykonana lub jest wykonana należycie. Dostawa zostaje wykonana z dniem dostarczenia przedmiotu dostawy do odbiorcy, dniem podpisania protokołu odbioru czy protokołu przejęcia-przekazania. Okres gwarancji, naprawy wad czy usterek nie jest wyznacznikiem zrealizowania dostawy i tym samym wystąpienie wad, usterek, terminowość ich naprawienia nie może być przez Zamawiającego brana pod uwagę przy sprawdzaniu kryteriów kwalifikacji technicznych lub zawodowych wykonawców. Przywołał wyrok KIO z 09.02.2016 r., sygn. akt: KIO 116/16).

Wobec Konsorcjum WIŁ. Zamawiający w pierwszej kolejności, odpierając przedmiotowy zarzut Odwołującego, pragnie zauważyć, iż prowadzone postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem znajduje się na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie przekazał jeszcze Wykonawcom SIWZ, a Wykonawcy nie zostali zaproszeni nawet do składania ofert wstępnych, na tym etapie nie mogło dojść do złożenia oferty niezgodnej z SIWZ. Jednocześnie, abstrahując od terminologii użytej w odwołaniu, Zamawiający pragnie wyjaśnić, że dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu klasyfikował dostawy punktowane w ramach klasyfikacji Wykonawców w oparciu o kryterium spełniania wymogu określonego w sekcji III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu. W sekcji IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział warunki ograniczenia liczby Wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych, zgodnie z którymi:

„W przypadku gdy wymagane warunki spełni więcej niż 5 Wykonawców, Zamawiający

51

dokona klasyfikacji w oparciu o oświadczenia i dokumenty, które Wykonawcy zobowiązani są dostarczyć wraz z wnioskiem o dopuszczenia do udziału w postępowaniu. 2. W celu dokonania wyboru Wykonawców w maksymalnej liczbie 5 (którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych), Zamawiający będzie przyznawał punkty za wykazanie się, że Wykonawca wykonał (wykonuje) więcej niż jedną dostawę terminali satelitarnych spełniających wymagania określone w sekcji III. 2.3 ust. 1 niniejszego ogłoszenia, Zamawiający przyzna: za wykazanie przez Wykonawcę wykonania dwóch (2) dostaw - 1 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania trzech (3) dostaw - 2 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania czterech (4) dostaw - 3 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania pięciu (5) lub więcej dostaw - 4 pkt. W przypadku uzyskania przez Wykonawców, w wyniku powyższej kwalifikacji, jednakowej ilości punktów, wyższe miejsce w klasyfikacji zajmie Wykonawca, który wykazał się wykonaniem dostaw spełniających wymagania określone w sekcji III 2.3 ust. 1 o sumarycznej wyższej wartości.". Badając Wykaz dostaw przedstawiony wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum WłŁ, Zamawiający uznał, że wobec braku dat dziennych wykonania wykazanych dostaw, możliwe jest przyjęcie najniższego kursu NBP ogłoszonego w latach trwania kontraktu wskazanych w Wykazie. W opinii Zamawiającego Konsorcjum wykazało w przedstawionych wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentach dostawy na tak ustaloną minimalną wartość. Zdyskwalifikowanie wskazanych dostaw, zdaniem Zamawiającego, prowadziłoby do nieuzasadnionego formalizmu, podczas gdy przedstawione dokumenty pozwalają na ustalenie minimalnej wartości wykazanych dostaw. W opinii Zamawiającego, Konsorcjum, na podstawie przedstawionych dokumentów bezsprzecznie wykazało się wykonaniem dostaw o wartości przyjętej przez Zamawiającego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający podkreśla, iż podczas dokonywania oceny Wniosków stosował jednolite zasady w tym zakresie wobec wszystkich Wykonawców, w tym również wobec Odwołującego. Również Odwołujący przedstawił w Wykazie dostaw dla poz. 4, 5, 8 i 9 w kolumnie „Data wykonania" jedynie rok rozpoczęcia i rok zakończenia dostawy, a w przypadku poz. 4 Wykazu dostaw, podał jedynie następującą informację: *„Pięcioletni kontrakt z pierwszą dostawą w lipcu 2010".* Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, aby w zaistniałej sytuacji odmiennie traktować dostawy przedstawione w ten sam sposób przez różnych Wykonawców. Odwołujący domaga się zdyskwalifikowania dostaw wykazanych przez Konsorcjum z uwagi na niepodanie dat dziennych wykonania dostaw, a jednocześnie domaga się przyznania punktów dostawom przedstawionym w ten sam sposób w złożonym przez niego Wykazie dostaw. Należy zwrócić również uwagę, iż w poprzednio dokonywanych ocenach, Odwołujący zajmował pierwszą pozycję w rankingu Wykonawców, co potwierdza stosowanie jednolitych zasad przy ocenie dostaw, dla których Wykonawcy wskazali jedynie rok wykonania dostawy bez daty dziennej.

52

Wobec Thales Polska sp. z o.o. W zakresie zarzutu wymienionego w tiret jeden, wobec jego analogicznej treści, jak w przypadku Konsorcjum WłŁ, Zamawiający podtrzymuje stanowisko przedstawione co do wspomnianego zarzutu przedstawione powyżej. Zamawiający przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Thales Polska sp. z o.o. przyjął wszystkie wykazane dostawy, co do których przedstawione dokumenty pozwalały stwierdzić, iż spełniają one wymagania sekcji III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu. Wobec stosowania tej samej zasady, przewidzianej w sekcji IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający stoi na stanowisku, iż nie doszło w tym względzie do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu wymienionego w tiret dwa, Zamawiający wskazuje, co następuje. Zgodnie z § 7 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013r. poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów", dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. W kwestii tej wypowiedziała się KIO w wyroku z 13.02.2015 r., sygn. akt KIO 182/15. Tym samym powyższe potwierdza, że tłumaczenie dokumentu sporządzonego w języku obcym nie wymaga szczególnej formy, zwłaszcza brak

jest wymogu, aby było podpisaną wersją dokumentu sporządzonego w języku obcym. Dlatego Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego, iż Wykonawca Thales Polska sp. z o.o. nie złożył poprawnego dokumentu „Declaration" w wersji polskiej. Przede wszystkim, jak wskazano powyżej, Wykonawca nie był zobowiązany do złożenia dokumentu w polskiej wersji, a jedynie tłumaczenia dokumentu sporządzonego w języku obcym. Stąd tłumaczenie dokumentu „Declaration" należy uznać za zgodne z wymogami ogłoszenia o zamówieniu i z § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odnośnie Ad. 2. Pismem z 27.02.2017r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków w przedmiotowym postępowaniu. W piśmie tym Zamawiający wskazał m.in., w zakresie dostaw wykazanych przez Odwołującego w Wykazie dostaw załączonym do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, iż w wyniku dokonanej oceny uznał, że tylko 3 dostawy mogą być zakwalifikowane w dokonywanej ocenie, tj. dostawy z poz. 1-3 Wykazu dostaw. Zamawiający ponadto wyjaśnił, że nie zakwalifikował dostaw przedstawionych na pozostałych pozycjach Wykazu dostaw, tj. poz. 4-9, które zostały wykonane przez podmiot trzeci. Dalej Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca nie przedstawił wraz z Wnioskiem dokumentów podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia wymienione w sekcji II.2.1) pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu. Dodatkowo zamawiający wskazał, iż Wykonawca nie załączył poświadczeń potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez podmiot trzeci. Powyższa decyzja Zamawiającego była związana

z wymogiem zawartym w sekcji II.2.1) ust. 6 ogłoszenia o zamówieniu, w którym wskazano m.in. *„Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, w celu oceny przez Zamawiającego, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Wykonawca dostarczy: (...) 2) dokumenty wymienione w ust. 2 pkt 2, 8, 9, 10, 12 w odniesieniu do tych podmiotów."* Tym samym Zamawiający sformułował obowiązek przedstawienia przez Wykonawców dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia wobec podmiotów trzecich udostępniających Wykonawcy swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp w sytuacji, gdy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zgodnie z uprawnieniem Zamawiającego przewidzianym § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawił Wykaz dostaw, w którym w poz. 4-9 wskazał zasoby udostępnione przez podmiot trzeci Giga Communication Limited. Jednocześnie Odwołujący przedstawił Zobowiązanie tego podmiotu do oddania zasobów do dyspozycji Odwołującego przy realizacji przedmiotowego zamówienia. W dokumencie Zobowiązania wskazano m. in.: „2. Wskazany w pkt 1 zasób będzie wykorzystywany przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia w następujący sposób: poprzez podwykonawstwo przy realizacji umowy. 3. Firma Giga Communications Limited będzie brała udział w realizacji zamówienia publicznego świadczonego przez WZŁ Nr 1 S.A. na dostawę dla Sił Zbrojnych RP 29 kpi. Średnich Terminali Satelitarnych (STS) przez cały okres realizowania umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania. 4. Firmę Giga Communications Limited będzie łączył z Wykonawcą tj. WZŁ Nr 1 S.A. stosunek oparty na umowie o podwykonawstwo.". Jednocześnie Odwołujący przedstawił wraz z Wnioskiem dokument pn. Wykaz części zamówienia, którego wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, z którego treści wprost wynika, że Odwołujący zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie anteny satelitarnej, podwykonawcy, którym jest Giga Communications Limited.
Z powyższych dokumentów wynika jednoznacznie, że podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Z tego względu Odwołujący był zobowiązany do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia wobec tego podmiotu zgodnie z wymaganiem zawartym w sekcji II.2.1) pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący nie przedstawił wskazanych dokumentów dotyczących Giga Communications Limited wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tej sytuacji, wobec niespełnienia wymogów ogłoszenia, Zamawiający nie mógł uwzględnić dostaw wykonanych przez podmiot trzeci udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie, co

Zamawiający również wskazał w informacji z 27.02.2017 r. o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach, na etapie badania wniosku Zamawiający stwierdził, że Odwołujący do Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw nie załączył poświadczeń potwierdzających należyte wykonanie dostaw (poz. 4-9 Wykazu dostaw) zrealizowanych przez podmiot trzeci Giga Communications Limited, na zasobach którego Odwołujący polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. Zamiast poświadczeń w odniesieniu do wymienionych pozycji Wykazu dostaw, Odwołujący przedstawił oświadczenie Giga Communications Limited, w którym podmiot ten potwierdził należyte wykonanie wymienionych dostaw oraz wyjaśnił jednym zdaniem, iż nie ma możliwości otrzymania stosownych referencji od swoich klientów z uwagi na objęcie przedmiotowych dostaw tajemnicą handlową. Zamawiający zauważył, że w judykaturze i literaturze przyjmuje się, że złożenie, zamiast poświadczenia, oświadczenia, uwarunkowane jest wykazaniem, że wystąpiły okoliczności od niego niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania poświadczenia. Wskazał KIO w wyroku z 10.03.2015 r., sygn. akt KIO 355/15, 359/15, wyrok z 14.11.2014 r., sygn. akt KIO 2243/14. Giga Communications Limited powołuje się na tajemnicę handlową uniemożliwiającą złożenie poświadczeń należytego wykonania dostaw wystawionych przez MON wielu krajów, przy czym nie przedstawia szerszych wyjaśnień, ani dowodów na potwierdzenie istnienia przyczyn o obiektywnym charakterze uniemożliwiających uzyskanie tych dokumentów. Zamawiający zauważa, że ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapewnia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), natomiast nie zwalnia wykonawców z obowiązku złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Ponadto, Zamawiający zauważa, że zarówno w przedmiotowym postępowaniu, jak i w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego są składane poświadczenia wystawiane przez ministerstwa obrony lub im podległe instytucje wielu krajów. W związku z powyższym, wobec niewykazania przez Odwołującego, z jakich uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Odwołujący nie był w stanie przedstawić poświadczeń należytego wykonania dostaw wymienionych w Wykazie dostaw w poz. 4-9, Zamawiający nie zakwalifikował wskazanych dostaw przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast, w sytuacji, gdy Odwołujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów przedstawionych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału

Zamawiający nie mógł wezwać do w postępowaniu, Odwołującego uzupełnienia dokumentów, tak dotyczących braku przesłanek do wykluczenia wobec podmiotu trzeciego, jak też dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw z poz. 4-9 Wykazu dostaw, gdyż zastosowanie czynności wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp

możliwe jest w takim zakresie, w jakim złożone dokumenty nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu, a nie w celu uzyskania dodatkowych punktów warunkujących zaproszenie do składania ofert wstępnych.

Odnośnie Ad. 3. Zamawiający nie widzi podstaw zasadności stawianego zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp. Informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przekazana Wykonawcom pismem z dnia 27.02.2017 r. nie dawała podstaw do wysunięcia powyższego zarzutu. Zamawiający w sposób precyzyjny wymienił przyczyny niezakwalifikowania dostaw z poz. 4-9 Wykazu dostaw, co zostało szczegółowo opisane w punkcie poprzednim. Z uwagi na przyczyny wskazane w odpowiedzi na zarzut wymieniony w pkt 2. Zamawiający jedynie podkreśla, iż nie uznaje argumentacji Odwołującego wskazującej, że podmiot trzeci Giga Communications Limited nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia. Taka interpretacja byłaby sprzeczna z treścią dokumentów przedłożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odnośnie Ad. 4 W sytuacji niezasadności zarzutu podniesionego w punkcie poprzednim, nie potwierdza się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp poprzez niewezwanie Odwołującego do wyjaśnień w zakresie realności udostępnionych zasobów. Jednocześnie Zamawiający podkreśla, iż wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą zastąpić oświadczenia podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy zobowiązanie tego podmiotu nie zawiera

elementów wymaganych przez Zamawiającego, określających zasady udostępniania zasobów.

Odnośnie Ad. 5 Zamawiający stoi na stanowisku, iż dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób rzetelny, przestrzegając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający stosował jednolite zasady przy kwalifikacji dostaw w ramach dokonywanej klasyfikacji Wykonawców. Zamawiający przyjął do oceny dostawy, które zostały wykazane w sposób niebudzący wątpliwości w dokumentach załączonych przez Wykonawców wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiem zawartym w sekcji III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. Pzp, w opinii Zamawiającego, należy uznać za niezasadny.

Na mocy zarządzenia z 14.03.2017 r. Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej sprawy o sygn. akt: KIO 450/17, KIO 462/17 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia. TTComm S.A. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 455/17) w rankingu złożonych wniosków zajęła - ósmą pozycje – w przypadku potwierdzenia się zarzutów, ma szanse na zakwalifikowanie się do pierwszej piątki, zapraszanej do złożenia ofert wstępnych. Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 462/17) w rankingu złożonych wniosków zajęła - szóstą pozycje. W toku rozprawy okazało się, że Odwołujący objął zakresem zakażenia w odwołaniu kwestie, które nie były podstawą nie przyznania jego wnioskowi dodatkowych punktów przez Zamawiającego, tj. umocowania osoby podpisującej zobowiązanie podmiotu trzeciego, jak i realności owego udostępnienia. Nadto, stosownie zaskarżył czynność Zamawiającego odnośnie nie przyznawania dodatkowych punktów uwagi nie załączenia wraz z wnioskiem dokumentów podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia wymienione w sekcji III.2.1) pkt 2 ppkt 2, 8, 9, 10 i 12 w zw. z wymaganiem sekcji II.2.1) pkt. 6 ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie, potwierdziło się, że zakresem odwołania nie objęto drugiej okoliczności, tj. uznawania przez Zamawiającego - dodatkowo braku poświadczeń potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez podmiot trzeci. Ostatnia okoliczność ma o tyle istotne znaczenie, że Odwołujący nie zaskarżył powyższego w odwołaniu, w rezultacie nie mógł rozszerzyć na rozprawie zarzutów. W konsekwencji upłynął mu termin na wniesienie odwołania w tym zakresie, a czynność Zamawiającego w tym zakresie stała się wiążąca. Jednocześnie, ów stan miał miejsce od chwili złożenia odwołania, tzn. Odwołujący nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, skoro odwołanie nie odnosiło się do jednej z kluczowych podstaw nie przyznania punktacji. Inaczej mówiąc nie miał Odwołujący szansy na uzyskanie zamówienia, w tym wypadku zakwalifikowania się do dalszego etapu, skoro przyznanie punktacji było uzależnione nie tylko od uznawania braku konieczności przedłożenia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego, ale również od skutecznego zakwestionowania na etapie odwołania tezy Zamawiającego o braku poświadczeń potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez podmiot trzeci.

W konsekwencji wobec braku interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, powyższe skutkuje już samo w sobie oddaleniem odwołania o sygn. akt: KIO 462/17. Przesłanki

bowiem wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp stanowią samodzielne przesłanki dopuszczalności odwołania o charakterze materialno prawnym. Ich brak oznacza oddalenie odwołania, bez konieczności odnoszenia się do zarzutów podniesionych w odwołaniu (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 - Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze - M. Stręciwilk red. Zeszyt nr 4, str.122, teza 197) /za

wyrokiem KIO z 30.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2640/14, sygn. akt: KIO 2651/14, sygn. akt: KIO 2652/14/. Jednocześnie, Izba uznała kierując się zawartym w tym orzeczeniu sądu okręgowego stanowiskiem – „może, ale nie musi" – odnieść się merytorycznie do zarzutów – z uwagi na to, że postępowanie toczy się od 2015 r., a odwołanie dotyczy oceny wniosków, która miała miejsce po raz trzeci, a nie jak stwierdził jeden z odwołujących drugi.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 450/17, KIO 462/17, w tym w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, zał. nr 5 do ogłoszenia, notatki z posiedzenia Komisji z dnia 18.03.2015 r., odpowiedzi na pytania – pismo z 27.03.2015 r. protokołu z postępowania, wszystkich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu objętych zakresem zaskarżenia przez obu Odwołujących /a zwłaszcza dołączonych wykazów wraz potwierdzeniami i zobowiązaniami podmiotów trzecich, gdy dany Wykonawca skorzystał z ich potencjału, jak i dokumentów podmiotowych podmiotów trzecich, jeśli je załączył wraz z wnioskiem/, samouzupełnienie wniosku TTComm S.A. z 11.05.2016 r., korespondencje Zamawiającego z JW. 2305 (pismo z 25.08.2015 r. wraz z referencją z 07.11.2013 r. wystawioną na rzecz KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., odpowiedź z 02.09.2015 r./, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 06.11.2015 r. skierowanego do Konsorcjum WIŁ, odpowiedzi z 13.11.2015 r. zawierającej także wyjaśnienie odnośnie wykazu ASC Corporation załączonego do wniosku Konsorcjum WIŁ, wezwania z 02.10.2015 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp skierowanego do THALES POSLKA Sp. z o.o., odpowiedzi z 09.10.2015 r., deklaracji z 14.04.2015 r. wraz z tłumaczeniem dołączonym do wykazu, zobowiązania podmiotu trzeciego dołączonego do wniosku WZŁ Nr 1 S.A. z 08.04.2015 r., oświadczenia z 08.04.2015 r. podmiotu trzeciego w zakresie części wykazanych zadań przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 462/17, wezwania z 29.09.2015 r., unieważnienia z 10.02.2017 r. wezwania z 29.09.2015 r. w zakresie złożenia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego, z którego potencjału WIŁ Nr 1 S.A. skorzystał w ramach załączonego do wniosku wykazu dostaw, informacji z oceny wniosków z 25.04.2016 r. /unieważnienie – z 02.05.2016 r./, z 21.06.2016 r., z 27.02.2017 r., oraz wniosku o wgląd TTCom S.A. z 25.03.2015 r. do wniosków /wgląd 28.04.2015 r./

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie do odwołania o sygn. akt: KIO 450/17 złożone na rozprawie:

• dwa nowe poświadczenia należytego wykonania umowy.

/Izba zaliczyła je w poczet materiału dowodowego jedynie celem zobrazowania zaistniałego stanu rzeczy w wypadku złożenia skargi do sądu, gdyż stoi na stanowisku, że takie poświadczenia winny zostać ewentualnie złożone wraz z wnioskiem i nie mogą być składane na tym etapie/.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie do odwołania o sygn. akt: KIO 462/17 załączniki do odwołania oraz złożone na rozprawie przez Odwołującego:

• Raport roczny Spółki Giga Communications Limited str. 54 i 55, Raport roczny Spółki Giga Communications Limited str. 85, Wyciąg z brytyjskiej Ustawy o Spółkach z 2006 roku wraz z tłumaczeniem art. 161 – wersje oryginalne załączone do odwołania;
• Tłumaczenia przedłożone na rozprawie.

/Izba uznała, że okoliczności na które zostały one złożone nie były podstawą nie naliczenia dodatkowej punktacji – są więc one bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Izba zaliczyła je w poczet materiału dowodowego jedynie celem zobrazowania zaistniałego stanu rzeczy w wypadku złożenia skargi do sądu/.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie do odwołania o sygn. akt: KIO 462/17 złożone na rozprawie przez Przystępującego - KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J.:

• Protokołu nr 2/2013 z 11.10.2013 r., protokołu przyjęcia – przekazania z 11.10.2013 r., pisma JW. 2305 z 10.10.2013 r., kopii umowy z 01.03.2013 r., pisma Mercedes-Benz Warszawa Sp. z o.o. z 07.10.2013 r. oraz drugiego pisma -Benz Warszawa Sp. z o.o. bez daty.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oba odwołania, jak i wszystkie przystąpienia, pisma procesowe KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. do obu odwołań złożone przed otwarciem posiedzenia oraz pisemnego

stanowiska WIŁ Nr 1 S.A. do odwołania o sygn. akt: KIO 450/17 złożonego na posiedzeniu, odpowiedzi na oba odwołania Zamawiającego, wyrok KIO z 15.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1175/16, KIO 1181/16, postanowienie z 14.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1163/16, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 450/17, jak i KIO 462/17 nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 450/17:

TTcomm S.A. sformułowała w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1. art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez niezgodne z Pzp oraz zapisami IV. 1.2) ust. 1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu przyznanie Odwołującemu wyłącznie 1 pkt za wykazane dostawy sklasyfikowaniu go w rankingu wykonawców na 8 poz., w sytuacji gdy TTcomm S.A. winien otrzymać 4 pkt za wykazane dostawy i zostać sklasyfikowany w rankingu wykonawców na 3 poz.,
2. art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w z w. z art. 7 ust 1 Pzp- poprze niezgodne z Pzp oraz zapisami IV. 1.2) ust. 1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu sklasyfikowanie Uczestników 1-5 odpowiednio na poz. 6, 4, 7, 5, 3, których to klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana i zawyżona w stosunku do pozycji Odwołującego;
3. art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 57 ust. 2 i 3 Pzp przez nie wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego odnośnie do *„Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw”* pomimo zmiany interpretacji postanowień pkt III.2.3) ust 1 oraz pkt IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu na skutek wydanego w postępowaniu wyroku przez KIO z 15.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1175/16, tj. mimo iż warunek, o którym mowa w pkt III.2.3) ust 1 ogłoszenia o zamówieniu, posługuje się pojęciem dostawy rozumianej nie jako stosunek umowny, ale jako dające się wyodrębnić rzeczowo świadczenie polegające na dostawie co najmniej jednego zestawu satelitarnego;
4. art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuznanie przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez Odwołującego *„Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw”* w dniu 11.05.2016 r., w sytuacji gdy Wykaz złożony w dniu 20.04.2015 r. był niekompletny, a w Pzp nie zabrania „samouzupełnienia” dokumentów wniosku,
5. art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp przez uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu TTcomm z 01.07.2016 r., a następnie niewykonanie czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w tym odwołaniu, w szczególności uznanie samodzielnego uzupełnienia *„Wykazu dostaw”* jako wiążącego, po czym nie uznanie tego samodzielnego uzupełnienia zgodnie z treścią uzasadnienia informacji wniosku TTcomm, a na skutek powyższego - naruszenia art. 57 ust 2 i 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 7 ust 1 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 450/17, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu, pisma procesowego KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. oraz pisemnego stanowiska WIŁ Nr 1 S.A., jak i odpowiedzi na odwołanie. Istotne sa również przywołane

orzeczenia Izby zapadłe w tym postępowaniu przetargowym zwłaszcza wyrok KIO z 15.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1175/16, KIO 1181/16. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego trzech zarzutów rozpatrywanych łącznie, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Odwołujący na rozprawie zgodził się (okoliczność przyznana nie wymagającą dowodu – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), ze

stanowiskiem Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający punktował taką ilość dostaw jaka została mu wskazana, w tym wypadku przez Odwołującego we wniosku. Po drugie, orzeczenie KIO zapadłe w sprawie o sygn. akt: 1175/17 wskazywało na wykładnie treści ogłoszenia o zamówieniu, które miało być podstawą przyznawania punktacji poszczególnym Wykonawcom przez Zamawiającego. Nadto, niniejsze orzeczenie nie dawało podstawy do wzywania do wyjaśnień Odwołującego w rybie art. 26 ust. 4 Pzp. Izba podkreśla, że w skutek poprzedniego orzeczenia Zamawiający dokonał przeliczenia zgodnie, ze wskazanymi wytycznymi, opierając się na treści poszczególnych wykazów i załączonych potwierdzeniach. Nie uzupełniał ich treści, ani nie wyjaśniał po wyroku. Odwołujący przyznał na rozprawie (okoliczność przyznana nie wymagającą dowodu – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że z wykazów KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. oraz Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. można było wyodrębnić pojedyncze dostawy, a Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. w tym zakresie dokonała szczegółowego rozbicia. Ani z pierwotnego wykazy dostaw, ani z potwierdzeń złożonych na rozprawie nie wynikały informacje w stosunku do Odwołującego. Izba abstrahuje w tym miejscu od samej możliwości składnia takich dowodów, jakie złożył na rozprawie Odwołujący. Podziela także wątpliwości przedstawione względem nich przez Zamawiającego i Przystępujących na rozprawie (z ich treści nie wynika, że miała miejsce określona ilość dostaw, a jedynie określone ilości kompletów; jest w nich mowa o dostawach w licznie pojedynczej, podzielenie liczby kompletów przez wartość łączną skutkowałoby wynikiem, który by był poniżej 2 mln zł, a tylko o takiej wartości dostawy mogły być punktowane). Wykaz pierwotny nie wyodrębniał poszczególnych dostaw, ani nie dawał podstaw do ewentualnych wyjaśnień. Nadto, jego treść bezsprzecznie pozwalała na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

61

Odnośnie czwartego i piątego zarzutu, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

Izba, co do zasady uznaje możliwość samo uzupełnienia. Jednakże, w tym stanie faktycznym de facto miało ona służyć uzyskaniu lepszej punktacji, a nie potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nadto, Izba ma wątpliwości, co do rzeczywistych intencji w tym zakresie Odwołującego. Stwierdzenia Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, co do uzupełnienia (11.05.2016 r.) poprzedzonego wglądem (28.04.2016 r.), po uzyskaniu informacji co do wyniku z 25.04.2016 r., dają podstawy do niejednoznaczności działań Odwołującego w tym zakresie.

Względem kwestii niewykonania uwzględnienia. Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępujących, że uwzględnienie zarzutów nie może prowadzić do czynności niezgodnych z przepisami Pzp. Na powyższe wskazuje w drugim zdaniu cytowanego poniżej fragmentu wyrok KIO z 22.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1159/16; KIO 1174/16: *„Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo, podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić - niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, czy tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie. Tym samym w praktyce toleruje się postąpienie zamawiającego niezgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p., jeśli jego czynność jest poprawna w* świetle *przepisów "merytorycznych", tj. dotyczących samej procedury udzielania zamówienia, czyli, gdy dokonał on prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawnego odrzucenia, poprawnego wykluczenia, poprawnej oceny (lub też poprawnie ich nie dokonał).".* Podobnie w wyroku KIO z 01.08.2016 r., sygn. akt: 1296/16, KIO 1323/16: *„Uwzględnienie zarzutów odwołania nie może prowadzić do dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem lub postanowieniami SWIZ.”.*

Jednocześnie Izba potwierdza, za orzecznictwem, że przepis ten (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp) sam w sobie nie jest podstawą do uwzględnienia odwołania, ale dają podstawę do ewentualnego ponownego podnoszenia tego samego zarzutu, celem jego rozpoznania na rozprawie. Przykładowo, wyrok KIO z 11.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2313/13: *„Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże zatem Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego*

art. 186 ust. 2 pzp nie może – co do zasady – stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to sui generis przepis proceduralny, związany

62

z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący stricte czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów. Dopuszczenie możliwości postąpienia niezgodnie z żądaniem *zawartym w uwzględnionym poprzednio odwołaniu wynika z tego, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp.".* Podobnie w wyroku z 05.11. 2013 r., sygn. akt: KIO 2480/13: *„Niewykonanie czynności związanych z* żądaniem *uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem – możliwością przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej bowiem sytuacji czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z* żądaniem *zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego."* oraz w wyroku 03.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2241/15: *„Izba uznała w* świetle *prezentowanego w dalszej części stanowiska, iż naruszenie przepisu proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków. Rzeczywiście przy obecnym kształcie przepisów, w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z* żądaniami *wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma jedynie ten skutek, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów.".*

W tym zakresie miało to miejsce, a Izba uznała, że tego rodzaju działanie prowadziłoby do zmiany punktacji, a nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei tego typu działanie i wykonanie czynności wynikającej z uwzględnienia byłoby niezgodne z przepisami Pzp – tzn. art. 7 Pzp.

W tym zakresie Izba wskazuje za wyrokiem KIO z 19.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2825/14: *„W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2013 r. KIO 1533/13 stwierdzono: "Nie jest dopuszczalne wzywanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 p.z.p., w zakresie innym, niż dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. w celu uczestnictwa w postępowaniu, a nie dla uzyskania punktacji*

63

umożliwiającej zaproszenie do złożenia oferty - jeśli wnioski złożyła większa liczba wykonawców, niż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu przewidział zaproszenie do złożenia oferty". Z kolei w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 maja 2013 r. KIO/KD 46/13 podkreślono, że: *1. Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. podlega wykładni* ścisłej *- oświadczenia lub dokumenty mogą być uzupełniane wyłącznie na wezwanie zamawiającego oraz wyłącznie, gdy skutkiem niezłożenia oświadczeń lub dokumentów albo złożenia oświadczeń lub dokumentów zawierających błędy wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z takim rozumieniem normy art. 26 ust 3 p.z.p. współbrzmi art. 51 p.z.p. oddzielający spełnianie warunków udziału w postępowaniu od oceny spełniania tych warunków. Także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 maja 2013 r. KIO 1160/13 potwierdzono,* że: *1. Wykonawca, wezwany w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. ma prawo uzupełnić dokumenty - ale tylko, zgodnie z literalnym brzmieniem (odwołaniem do przepisu art 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p.) "potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu", a więc warunki, które można nazwać "minimalnymi" tj. takie, których brak spełnienia prowadzi do wykluczenia wykonawcy z postępowania.".*

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że nie było zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp w kontekście nieprawidłowej punktacji, a jedynie względem samozupełnienia. Wszelkie twierdzenia, w tym zakresie Odwołującego podnoszone na rozprawie to w nic innego, jak nowy zarzut. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutu, którego nie było w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 450/17 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 462/17:

Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S. A. sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1. Art. 57 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaproszenie do składania ofert wstępnych Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub których klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana, w szczególności:
Wobec Uczestnika 1 / KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J./:
a) Niezgodne z Pzp oraz treścią sekcji IV 1.2) ust. 1 oraz sekcji III 2.3) ust. 2 ogłoszenia o zamówieniu przyznanie Uczestnikowi 1 liczby 3 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy wskazana przez Uczestnika 1 w Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw - dostawa

nr 1 dla podmiotu JW 2305 - nie powinna być zakwalifikowana, albowiem została ona wykonana zrealizowana nienależycie, a na Uczestnika 1 została nałożona kara umowna - przez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp,
Wobec Uczestnika 2 /Konsorcjum firm: 1) Wojskowy Instytut Łączności im. prof. dr hab. Janusza Groszkowskiego, ul. Warszawska 22A, 05-130 Zegrze Południowe; 2) W.Z. Wood System Integrator, ul. Miedziana 3a, 00-814 Warszawa; 3) Enamor Sp. z o.o., ul. Morska 85, 81-225 Gdynia zwane dalej: *„Konsorcjum WIŁ”:*
a) Niezgodne z Pzp oraz treścią sekcji IV 1.2) ust. 1 oraz sekcji III 2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 2 liczby 3 punktów za wykazane dostawy, w sytuacji gdy dostawy wskazane przez Uczestnika 2 w Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw, zostały przedstawione z naruszeniem treści SIWZ i nie powinny zostać zakwalifikowane - przez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,
Wobec Uczestnika 3 /THALES Polska Sp. z o.o./:
a) Niezgodne z Pzp oraz treścią sekcji IV 1.2) ust. 1 oraz sekcji III 2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 3 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy dostawy wskazane przez Uczestnika 3 w Wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw, zostały przedstawione z naruszeniem treści SIWZ i nie powinny zostać zakwalifikowana - przez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp,
b) Niezgodne z Pzp oraz treścią sekcji VI 3) pkt 13 uznanie, iż Uczestnik 3 składając Oświadczenie Pana J.M.L. z 14.04.2015 r. uczynił to w sposób prawidłowy mimo m.in. braku złożonego na tym dokumencie podpisu, a w konsekwencji braku złożenia przez Uczestnika 3 prawidłowego dokumentu w języku polskim - czym doszło do naruszenia art. 9 ust. 2 Pzp,
2. Art. 57 ust. 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nieprzyznanie Odwołującemu odpowiedniej liczby punktów w klasyfikacji wykonawców w oparciu o warunek wiedzy i doświadczenia, mimo iż Odwołujący wykazał poprzez skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego wykonania więcej niż pięciu dostaw dodatkowych, za które zgodnie z określoną w ogłoszeniu punktacją winien otrzymać 4 punkty, podczas gdy Zamawiający z naruszeniem powołanych przepisów Pzp nie uznał udostępnionego doświadczenia (dostaw) przyznając Odwołującemu tylko 2 pkt w klasyfikacji, co w konsekwencji doprowadziło także do niezgodnego z prawem niezaproszenia Odwołującego do złożenia oferty wstępnej,
3. Art. 26 ust. 2b Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, iż zobowiązanie innego podmiotu do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie określa sposobu wykorzystania przez Odwołującego zasobów, zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia jak i zostało podpisane przez osobę do tego nienależycie umocowaną,

4. Ewentualnie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w zakresie realności udostępnionych zasobów w sytuacji gdy Zamawiający powziął wątpliwość w tym zakresie,
5. Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 462/17, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z odwołaniu, pisma procesowego KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. oraz odpowiedzi na odwołanie. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba uznała generalnie w/w zarzut za podlegający oddaleniu względem każdego z przywołanych w odwołaniu Wykonawców.

Uczestnik 1 - KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J.:

Odnośnie nie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez - KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J., Izba uznała zarzut niezasadny, w tym zakresie, tj. za „gołosłowny". Nie wskazano żadnych konkretnych okoliczności faktycznych to potwierdzających, jak względem pozostałych Wykonawców przywołanych w odwołaniu. W konsekwencji Izba uznała, że nie mamy do czynienia z zarzutem. Konstrukcja zarzutu musi bowiem uwzględniać zarówno podstawę prawną, jak i faktyczną. Brak jednej z nich wskazuje na brak zarzutu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutu, którego nie było w odwołaniu. Izba dodaje że zarzut w tym zakresie nie ma charakteru spóźnionego, gdyż każdorazowo Zamawiający unieważniał poszczególne informacje o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaproszonych do kolejnego etapu Wykonawcach. W konsekwencji ponawiał lub też nie - także każdą dokonaną czynność wykluczenia danego Wykonawcę (np. trzykrotnie wykluczał wykonawcę - IBCOL Polska Sp. z o.o.). Z tej przyczyny Izba uznała że każda z tych czynności lub zaniechań ma charakter „nowy". Różni się także kolejność oraz punktacja względem poszczególnych Wykonawców oraz lista zaproszonych do kolejnego etapu.

Odnośnie punktacji - względem dostawy zakwestionowanej przez Odwołującego w wykazie dostaw załączonym do wniosku KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. dla JW 2305, Izba uznała, że z postanowień wyciągu umowy przedstawionej Zamawiającemu w toku

postępowania (ust. 1 i 3 § 12 – kara umowna, zaś ust. 2 odnosi się do upustów cenowych) odnoszącej się do przedmiotowej dostaw wynika że nie miała miejsca zapłata kary umownej, lecz upusty. Przy czym Izba przypomina, że: *„(…) przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność)"* (wyrok KIO z 15.05.2012 r., sygn. akt: KIO 858/12, KIO 861/12). Zgodnie zaś z wyrokiem SO w Bydgoszczy z 23.10.2012 r., sygn. akt: VIII Ga 137/12: *„(…) przez należyte wykonanie zamówienia - w kontekście przepisów § 1 ust.1 pkt. 3 cyt. Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może* żądać *zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane - należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 kc w zw. z art. 14 ustawy PZP staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju przy czym ocena należytej staranności powinna uwzględniać całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe techniczne wykonanie czynności.".* Jednocześnie, sam zapłata kary umownej, co bezsprzecznie nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym jeszcze o niczym nie rozstrzyga. Izba bowiem podnosi za orzecznictwem, że: „W *przypadku jednego z wykazanych zamówień wystąpiły przypadki naliczenia kar umownych, co jednak nie uprawnia do wniosku,* że *realizacji całego zamówienia nie można uznać za należytą. Izba stanęła na stanowisku,* że *jeżeli skala i stopień uchybienia obowiązkom wynikającym z umowy w porównaniu do zakresu usług wykonanego bez uchybień jest nieistotna, realizacja całej umowy może być oceniona jako należyta".* (wyrok KIO z 09.02.2016 r., sygn. akt: KIO 116/16). Nadto, dodając za wyrokiem KIO z 16.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1383/16):

„W *toku realizacji zamówienia może dojść do przesunięć w terminach wykonania, może dojść do nałożenia kar umownych. Jednak jakiekolwiek uchybienie terminowi - i ewentualne naliczenie kar umownych - nie kwalifikuje się z automatu jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia'".*

W przedmiotowej sprawie wykonawca doprowadził do osiągnięcia wyniku spełniającego wymogi świadczenia, do którego był zobowiązany, ponieważ Zamawiający potwierdził w protokołach odbioru – wynik odbioru: „wyrób zgodny z wymaganiami umowy". Skoro więc Zamawiający potwierdza w treści protokołu odbiór i przyjęcie przedmiotu umowy, to w sposób niebudzący wątpliwości, że przedmiot został wykonany zgodnie z warunkami umowy, czyli w sposób należyty. Ponadto gdyby stwierdzony brak poduszki powietrznej pasażera - okazałby się istotnym uchybieniem, to Zamawiający nie odebrałby i nie przyjąłby dostarczonego sprzętu. W konsekwencji Izba uznała, że powyższe jest wystarczające do uznania kwestionowanej dostawy i poddania jej punktacji. Niniejsze bowiem świadczy o tym, że: „Umowa, *która została wykonana tak, że jej cel został osiągnięty, a jakość co do zasady nie odbiegała od wymagań określonych w umowie, może być uznana za należycie wykonaną, nawet jeśli w toku realizacji pojawiły się uchybienia, które w praktyce niemal zawsze się pojawiają"* (wyrok KIO z 09.02.2016 r., sygn. akt: KIO 116/16). Inaczej mówiąc

67

---

nie zaistniała sytuacja taka jak wskazana w wyroku SA w Katowicach z 21.04.2009 r., sygn. akt: V ACa 88/09 zgodnie bowiem z nim: *„Niewykonanie zobowiązania zachodzi wówczas, gdy w zachowaniu dłużnika nie występuje nic, co odpowiadałoby spełnieniu* świadczenia, *natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia* świadczenia, *jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów* świadczenia, *do którego dłużnik był zobowiązany.".*

Uczestnik 2 - Konsorcjum WIŁ; oraz Uczestnik 3 - THALES Polska Sp. z o.o.:

Odnośnie nie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez obu Wykonawców, Izba uznała że zarzut nie jest spóźniony. Argumentacja w tym zakresie przedstawiona powyżej jest aktualna także w tym wypadku. Względem samej kwestii wskazania tylko dat rocznych przez obu Wykonawców. W ocenie Izby, wyjaśnienia z 13.11.2015 r. Konsorcjum WIŁ, a odnośnie THALES Polska Sp. z o.o. – analogiczne informacje o poufności w tym zakresie znajdujące się w wykazie – są wystarczające, co do okoliczności użycia takiego, a nie pełnego formatu daty. Izba uznała, ze wszelkiego rodzaju dodatkowe wyjaśnienia, czy też uzupełnienia, które w tym wypadku, celem potwierdzenia spełniania warunku udziału byłyby dopuszczalne, są bezprzedmiotowe, gdyż prowadziłyby do tego samego efektu, z uwagi na specyfikę dostaw i byłyby przejawem zbytniego formalizmu. Izba wzięła pod uwagę, ze także Odwołujący podobnie postąpił i podał daty w tym samym formacie. Przychylenie się do jego zarzutów stawałoby go w uprzywilejowanej pozycji, gdyż Izba nie mogłaby czegokolwiek nakazać względem jego wniosku. Nadto, z jego wniosku wynika de facto analogiczne uzasadnienie – w ramach dokumentu – oświadczenia podmiotu trzeciego z 08.04.2015 r. W konsekwencji Izba uznała za zasadne działanie Zamawiającego, tym bardziej, że istniała możliwość (czego nikt nie kwestionował na rozprawie) stosownego rozgraniczenia zadeklarowanych dostaw, zgodnie z wymogiem 5 letnim. Odnośnie przyjętego sposobu przeliczenia wartości przez Zamawiającego, to po pierwsze, co do istoty zarzut taki nie był podnoszony w odwołaniu, tylko odnośnie samych dat (na rozprawie padło, że kwestia ta jest podnoszona niezależnie). Po drugie, gdyby nawet wywieść taki zarzut z zarzutu dotyczącego dat, co Izba jedynie czyni w celach poglądowych po formalnie takiego zarzutu nie było (żadnej wzmianki w tej kwestii – na str. od 7 do 9 odwołaniu), jest to nowy zarzut, to z uwagi na brak w tym zakresie wiążącego rozwiązania w treści ogłoszenia, wobec zaistniałych szczególnych okoliczności, wskazanych powyżej, przyjęto rozwiązanie nie naruszające art. 7 Pzp.

Względem kwestii dokumentu – załączonego przez THALES Polska Sp. z o.o., Izba uznała sporny dokument (deklaracje) za tłumaczenie dokumentu oryginalnego. Nie zmienia to brak adnotacji „własnoręczny podpis", ani też przetłumaczenia stanowisk osób wymienionych w tym dokumencie. Tym bardziej, że są to nazwy własne. Izba podzieliła stanowisku THALES Polska Sp. z o.o., że sporna deklaracja nie została złożoną na papierze firmowym, podano jedynie dane kontaktowe oficera NATO.

68

Odnośnie drugiego oraz trzeciego zarzutu, Izba uznała je za niezasadne.

Odnośnie wniosku Odwołującego:

Względem niezasadności żądania dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego. (pierwsza przesłanka nie zaliczenia dodatkowych dostaw do punktacji). W ocenie Izby, zarzut jest spóźniony, tak co do samego wezwania, które zostało unieważnione, jego niezasadności. Nadto, także co do istoty, gdyż unieważnienie wezwania - czyniło jasnym, że będzie to rodzic określone negatywne skutki względem Odwołującego, a miało to miejsce już w dniu 10.02.2017 r. Jednocześnie, mając na względzie, że Zamawiający prowadzi postępowanie od 2015 r. i po raz trzeci dokonał wyboru i ocenił złożone wnioski – jedynie poglądowo, bo zarzut jest spóźniony i nie podlega rozpoznaniu, Izba stwierdza co następuje. Wezwanie było wynikiem treści złożonego wniosku, załączonego zobowiązania z 08.04.2015 r., gdzie jednoznacznie wskazuje się na podwykonawstwo. O tym, że będzie Odwołujący działał samodzielnie dowiedział się Zamawiający z odwołania i rozprawy. Zamawiający był związany treścią dokumentu załączonego do wniosku, nie miał prawa brać pod uwagę bliżej nieokreśloną wiedzę. Brak było jakichkolwiek informacji wskazujących na taka możliwość.

Względem kwestii braku poświadczeń potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez podmiot trzeci (druga przesłanka nie zaliczenia dodatkowych dostaw do punktacji). Niniejsze nie zostało objęte zakresem zaskarżenia, co potwierdził na rozprawie, sam Odwołujący. Taki stan rzeczy skutkuje tym, że czynność Zamawiającego w tym zakresie de facto nie została zaskarżona, czyli stała się wiążąca. Można nawet uznać, że ten stan rzeczy, istniał od chwili złożenia odwołania, składając odwołanie nie zawierające jednej z przesłanek nie przyznawania punktacji, Odwołujący nie miał ni mniej nie więcej interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp (tak jak Izba wskazywała na wstępie orzeczenia) albowiem brak jest bowiem możliwości przywrócenia terminu na zaskarżenie czynności z 27.02.2017 r. w tym zakresie.

Dodatkowe kwestie zawarte w odwołaniu – nie były podstawą nie naliczenia oczekiwanej punktacji przez Odwołującego – w konsekwencji są bez znaczenia dla istoty sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie czwartego zarzutu, Izba uznała go za niezasadny.

Wszelkiego rodzaju działania sanacyjne w trybie np. art. 26 ust. 4 Pzp, nie są możliwe z uwagi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie pozostałych dostaw znajdujących się w wykazie załączonym do wniosku, jak i z uwagi na okoliczność wskazana powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec oddalenia wszystkich zarzutów odwołania, Izba oddaliła także w konsekwencji zarzut naruszania art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 462/17 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 450/17, sygn. akt: KIO 462/17 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 w związku z § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

Przewodniczący:

……