

Sygn. akt KIO/UZP 1666/09

WYROK
z dnia 18 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Renata Tubisz
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Venessa Sp. z o.o., ul. Puławska 300, 02-819 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** protestu z dnia 27 października 2009 r.,

przy udziale **Konsorcjum firm: 1. Signalbau Huber Sp. z o. o. (lider), 2. Signalbau Huber GmbH (partner), adres dla lidera konsorcjum: ul. Kopijników 75A, 03-274 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Venessa Sp. z o.o., ul. Puławska 300, 02-819 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Venessa Sp. z o.o., ul. Puławska 300, 02-819 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 000 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) przez **Venessa Sp. z o.o., ul. Puławska 300, 02-819 Warszawa** na rzecz **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Venessa Sp. z o.o., ul. Puławska 300, 02-819 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na *„Konservację sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa w czterech niezależnych obszarach”* Numer postępowania *DZP/48/PN/33/09*, zostało wszczęte przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa zwane dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 135-197692 w dniu 17.07.2009 r.

W dniu 20.10.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie (pismo z dnia 19.10.2009 r.) o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w części IV - obszar IV Konsorcjum firm: 1) Signalbau Huber Sp. z o.o., ul. Kopijników 75 A, 03-274 Warszawa (lider), 2) Signalbau Huber GmbH, Kelterstrasse 67, 72669 Unterensingen (partner) z adresem na lidera konsorcjum, zwanym dalej: *„Konsorcjum Signalbau”* albo *„Przystępującym”*. Druga pozycje w rankingu oceny ofert w niniejszej części zajęła oferta firmy: Venessa Sp. z o.o., ul. Puławska 300, 02-819 Warszawa zwana dalej: *„Venessa Sp. z o.o.”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”*.

W dniu 27.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i art. 180 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: *„Pzp”* firma: Venessa Sp. z o.o. złożyła protest (pismo z dnia 26.10.2009

r.) wobec czynności i zaniechania czynności określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 7 ust. 1 i - art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp oraz 2) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp, a także innych wynikających z uzasadnienia niniejszego protestu. Wnosił o uwzględnienie protestu i dokonanie: 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w części IV - obszar IV, 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, 3) wykluczenie Konsorcjum Signalbau z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, 4) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w cz. IV. Protestujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając ofertę Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum Signalbau nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3. SIWZ (potencjał kadrowy) oraz w pkt 7.2.5. SIWZ (doświadczenie wykonawcy).

W pierwszym wypadku Protestujący stwierdził, że Konsorcjum Signalbau przedstawiło wykaz zawierający informacje o 37 osobach wchodzących w skład kadry pracowniczej, podczas gdy do spełnienia warunku (w przypadku składania oferty w 3 częściach zamówienia) wymagane było, aby dysponował co najmniej 38 osobami. Z powyższego względu Zamawiający pismem z dnia 8.10.2009 r. wezwał w/w Konsorcjum do uzupełnienia m.in. informacji o osobach. Jednakże, w ocenie Protestującego, Konsorcjum co prawda uzupełniło pismem z dnia 12.10.2009 r. powyższą informację o osobę Pana Artura Z., jednakże z treści pisma wynika, iż Konsorcjum wskazaną osobę „posiada do dyspozycji”, nie wynika jednak, że dysponował nią na dzień składania ofert (art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp). Tym samym złożone uzupełnienie nie potwierdza spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu na dzień wskazany w Pzp i nie może być podstawą do uznania, iż Konsorcjum spełnia warunek udziału. Przyjęcie przez Zamawiającego stanowiska, iż można spełnić warunek udziału w postępowaniu poprzez wykazanie, iż dysponuje się - ale nie i że dysponowało się w dniu składania ofert - odpowiednim potencjałem kadrowym, jest sprzeczne z art. 26 ust. 3 Pzp, a także narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie, mając na uwadze, że Zamawiający dokonał wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, w tym samym zakresie niedopuszczalne jest powtórne wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów. Na poparcie niniejszego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 22.01.2008, sygn. akt: KIO/UZP 94/07 oraz wyrok KIO z dnia 27.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/09. W konsekwencji bez uzupełnienia dokumentów w tym zakresie nie jest możliwe uznanie, iż Konsorcjum Signalbau spełnia warunek udziału w postępowaniu i konieczne jest wykluczenie niniejszego Konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W drugim wypadku Protestujący stwierdził, że Konsorcjum Signalbau przedstawiło w swoim Wykazie wykonanie trzech zamówień. Aby możliwe było uznanie, iż wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie, konieczne było - zgodnie z pkt 7.2.5. SIWZ - przedstawienie co najmniej jednego zamówienia polegającego na prowadzeniu konserwacji urządzeń świetlnych na minimum 150 skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych, przejazdów tramwajowych (a w przypadku składania oferty w 3 częściach zamówienia - 450 skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych, przejazdów tramwajowych). Z przedstawionego Wykazu wynika, iż zamówienie w mieście Stuttgart obejmowało konserwację sygnalizacji świetlnych na 384, a w mieście Hannover na 530 skrzyżowaniach. Na potwierdzenie należytego wykonania ww. zamówień, Konsorcjum Signalbau przedstawiło referencje. Protestujący zwraca uwagę, iż referencje przedstawione dla ww. zamówień wystawione są w języku niemieckim. Posługują się tymi samymi ilościami (384 i 530), ale według załączonych przez Protestującego do protestu tłumaczeń tłumaczy przysięgłych odnoszą się do urządzeń sygnalizacji świetlnej, a nie skrzyżowań. Podkreślił, że występuje zasadnicza różnica pomiędzy określeniami: 1) „*konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnej na 384 skrzyżowaniach*”, a 2) „*konserwacja 384 urządzeń sygnalizacji świetlnej*”. Pojęcia te, jak wskazał Protestujący, nie są tożsame, co potwierdza także treść referencji wystawionej przez Zamawiającego dla Signalbau Huber sp. z o.o., w której przeczytać można, że wykonawca ten prowadził konserwację urządzeń sygnalizacji świetlnej w liczbie 3384 szt. sygnalizatorów na 181 skrzyżowaniach. Z powyższego widać, iż liczba konserwowanych urządzeń sygnalizacji świetlnej nie jest tożsama z liczbą skrzyżowań. W konsekwencji nie może być prawdą oświadczenie wykonawcy, iż konserwował urządzenia sygnalizacji świetlnej na 384 skrzyżowaniach, jeśli jednocześnie referencja dotyczy zamówienia konserwacji 384 urządzeń sygnalizacji świetlnej. Wobec powyższego, Konsorcjum Signalbau nie wykazało iż spełnia warunek udziału dotyczący wymaganego doświadczenia zawodowego, a Zamawiający zaniechał czynności wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Posiadając zarówno Wykaz, jak i załączone referencje Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do treści Wykazu, tj. co do ilości skrzyżowań, na których w/w Konsorcjum realizowało usługę konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnych. Jak wynika z przepisu art. 26 ust. 4 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wezwać do wyjaśnień dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek ten realizuje zasadę równego traktowania wykonawców. W załączeniu Protestujący przekazał dodatkowe tłumaczenia podważanych referencji Konsorcjum, z których także wynika iż przedstawione liczby odnoszą się tylko i wyłącznie do urządzeń sygnalizacji świetlnej.

W dniu 27.10.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 30.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się Konsorcjum Signalbau, w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie protestu w całości. Odnośnie potencjału kadrowego wskazał, że uzupełnił potencjał kadrowy na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przedkładając dodatkowo osobę kadry pracowniczej, tj. Pana Artura Z. wraz z kopią odpowiednich uprawnień, stosownie do wymogu punktu 8.10 SIWZ. Uzupełniona osoba posiada uprawnienia SEP E nr. 46/073/2007 ważne od dnia 28.02.2007 do dnia 27.02.2012 oraz posiada pięcioletnie doświadczenie jako elektryk. Podniósł, że twierdzenia Protestującego, że z uzupełnionych dokumentów nie wynika, jakoby Przystępujący dysponował odpowiednim potencjałem kadrowym w dniu składania ofert opierają się na tym, że w uzupełnieniu dokumentów Przystępujący w odniesieniu do Pana Artura Z. oświadczył, że tę osobę posiada do dyspozycji. Jednakże nie przedstawił jednocześnie żadnych dowodów na poparcie swojej tezy, jakoby warunek ten nie był spełniony w dniu składania ofert

Wskazał, że zgodnie z poglądem doktryny jak i stanowiskiem orzecznictwa dopuszczalne jest, w wyniku uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie potencjału kadrowego, wskazanie nowej osoby, nie ujętej w pierwotnym wykazie, czy też wręcz wskazanie innej osoby, jako zastępstwa osoby wcześniej wskazanej. Jednocześnie wystarczającym jest, w jego ocenie, samo oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu taką osobą, bez wskazywania, czy była ona do dyspozycji również w dniu składania ofert/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie przytoczył wyrok KIO w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 961/08 oraz wyrok KIO w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 400/08.

Podkreślił, że powyższy zarzut oparty jest wyłącznie na domniemaniu Protestującego, a argumentacja zawarta w proteście nie dowodzi niespełnienia przez Przystępującego warunku określonego w pkt 7.2.3. SIWZ. Jednakże nawet jeżeli Zamawiający miałby wątpliwości odnośnie uzupełnionych dokumentów, to powinien wezwać, w jego ocenie, Przystępującego do ich wyjaśnienia w trybie art. 26 ust 4 Pzp. O ile bowiem wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest czynnością jednorazową, o tyle o wyjaśnienia dotyczące oświadczeń lub dokumentów Zamawiający może się zwrócić w trybie ustawowym, określonym w art. 26 ust 4 Pzp, w każdym przypadku, gdy uzna takie wyjaśnienia za niezbędne. Na potwierdzenie przytoczył wyrok KIO w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 1098/08. Jednocześnie Przystępujący oświadczył, że osobę Pana Artura Z. posiadał do dyspozycji w chwili składania oferty.

Odnośnie doświadczenia zawodowego Przystępujący wskazał 3 zamówienia, podając dokładną ilość skrzyżowań na których prowadzona była konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnej. Jednocześnie dla potwierdzenia należytego wykonania zamówień realizowanych dla Urzędu Budownictwa Lądowego, Ziemnego i Podziemnego w Stuttgarcie (384 skrzyżowania) oraz dla Urzędu Budownictwa Lądowego, Ziemnego i Podziemnego w Hannoverze (530 skrzyżowań) przedstawił referencje w języku niemieckim z tłumaczeniem na język polski dokonany przez tłumacza przysięgłego, potwierdzonym przez Przystępującego. W jego ocenie, Protestujący zarzuca, że przedstawione przez Przystępującego tłumaczenie na język polski jest wadliwe. Jego zdaniem referencje w języku niemieckim dotyczą nie wymaganych w SIWZ skrzyżowań, lecz urządzeń sygnalizacji świetlnej, na dowód czego przedstawia własne tłumaczenie tych referencji.

Wskazał, że w treści obu kwestionowanych niemieckojęzycznych referencji użyte zostało sformułowanie „*Lichtsignalanlagen*”, co zostało przetłumaczone przez Przystępującego jako: „*sygnalizacja świetlna skrzyżowań ulicznych*” (str. 129 oferty) oraz: „*instalacja sygnalizacji świetlnej skrzyżowań ulicznych*” (str. 131 oferty), zgodnie z właściwym znaczeniem słowa „*Lichtsignalanlage*” oraz zgodnie ze stanem faktycznym, wynikającym z rzeczywiście wykonanych prac. Protestujący tymczasem do protestu dołączył tłumaczenie, w którym „*Lichtsignalanlagen*” zostało przetłumaczone jako „*urządzenia sygnalizacji świetlnej*”. Takie tłumaczenie, w ocenie Przystępującego, jest niezgodne ze stanem faktycznym i opiera się na innym znaczeniu składowej słowa „*Lichtsignalanlage*”, tj. „*-anlage*”, które posiada co najmniej kilka znaczeń, w tym m.in. „*instalacja*”, ale także „*urządzenie*”. Przystępujący oświadczył, że wskazane w niemieckojęzycznych referencjach załączonych przez Przystępującego do oferty, sformułowanie „*Lichtsignalanlagen*” zostało przetłumaczone nie tylko w sposób prawidłowy (tłumaczenie przysięgłe), ale przede wszystkim odpowiadający faktycznie wykonanym pracom. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu (pismo z dnia 30.10.2009 r.) nastąpiło w dniu 02.11.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Względem zarzutu dotyczącego potencjału kadrowego Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum Signalbau w złożonej ofercie na 3 części, przedstawiło w wykazie 37 pracowników. Pismem z dnia 8.10.2009 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu pracowników. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum Signalbau w piśmie z dnia 12.10.2009 r. uzupełniło brakujące informacje i dokumenty. Odnośnie zarzutu dotyczącego doświadczenia zawodowego Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum Signalbau w przedstawionej ofercie złożyło wykaz wykonanych usług oraz stosowne referencje. Dokumenty referencji dla partnera konsorcjum, tj. Signalbau Huber zostały złożone w języku niemieckim wraz z tłumaczeniem na język

polski. Zamawiający w trakcie badania ofert, w swojej ocenie, nie miał podstaw do podważania treści tłumaczeń, tym samym złożone dokumenty potwierdziły spełnienie przez konsorcjum postawionego warunku doświadczenia.

W dniu 09.11.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski oraz argumentacje z protestu. Wskazał, że naruszył wymienione przepisy Pzo poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia, względnie uzupełnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum Signalbau, a w konsekwencji zaniechanie jego wykluczenia. Konsorcjum, pomimo iż nie wykazało że spełnia warunek udziału w postępowaniu, zostało dopuszczone do udziału w postępowaniu, a jego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą. W ramach wniosków złożył wniosek o powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału przez Konsorcjum.

Odnosnie wymaganego doświadczenia zawodowego Odwołujący wskazał, że Konsorcjum nie wykazało iż spełnia warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w punkcie 7.2.5. SIWZ, a Zamawiający zaniechał czynności wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, względnie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto, stwierdził, że rozstrzygając protest Zamawiający nie podjął się zajęcia stanowiska wobec argumentów Odwołującego, wręcz przeciwnie - swoje stanowisko opiera na argumentacji, która nie koresponduje z zarzutami i argumentami znajdującymi się w proteście. Nie jest kwestią sporną bowiem jakość tłumaczeń z języka niemieckiego przedstawionych dokumentów, wszystkie bowiem tłumaczenia (przedstawione przez w ofercie, przedstawione przez Odwołującego wraz z protestem) wskazują, że w referencji jest mowa o urządzeniach sygnalizacji świetlnej, a nie o skrzyżowaniach. Z całą stanowczością podkreślił, iż nie podważa prawidłowości tłumaczenia referencji - Odwołujący uznaje je za prawidłowe. Zagadnieniem problematycznym, w jego ocenie, jest zakres prac, jaki został wykonany przez Konsorcjum w Stuttgarcie i Hannoverze. Odwołujący w proteście wskazał na niezgodność pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy w Wykazie wykonanych zamówień a treścią dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie zamówień nr 1 i 3 z Wykazu. Owa niezgodność rodzi wewnętrzną niespójność oświadczeń i dokumentów składanych wraz z ofertą i wymaga co najmniej wyjaśnienia. Wewnętrzna niespójność oświadczeń i dokumentów podważa bowiem wiarygodność tych dokumentów. Mając na uwadze fakt, iż dokumenty referencyjne wystawione zostały przez podmiot trzeci i ich wiarygodność jest bardziej prawdopodobna, za niewiarygodne należy uznać oświadczenie Konsorcjum złożone w Wykazie wykonanych zamówień.

Pozostawienie niniejszego zarzutu bez rozstrzygnięcia doprowadzi do naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji przy przeprowadzaniu przedmiotowego postępowania. Ponadto zawarcie umowy z Wykonawcą przy braku jednoznacznego wyjaśnienia omawianej kwestii spowoduje, iż ważność zawartej umowy będzie mogła być skutecznie podważona przez organy kontrolne i tym samym dojdzie z uwagi na powyższe do stwierdzenia jej nieważności w świetle przepisów prawa.

Posiadając zarówno Wykaz, jak i załączone referencje, a także argumenty zawarte w proteście Odwołującego, Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do treści Wykazu, tj. co do ilości skrzyżowań, na których Konsorcjum realizowało usługę konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlanych. Odwołujący chcąc nie dopuścić do zawarcia nieważnej umowy przez Zamawiającego nie może się zgodzić z brakiem reakcji Zamawiającego na tak ewidentne sprzeczności w dokumentach Wykonawcy i tym samym zaniechania czynności do których Zamawiający jest zobowiązany, a o które żąda Odwołujący w niniejszym odwołaniu.

Jednocześnie Odwołujący przypomniał, że w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia na tożsamy przedmiot (postępowanie wszczęte w roku 2007), Zamawiający wykluczył Konsorcjum Signalbau właśnie m.in. z powodu niespełnienia warunku doświadczenia wykonawcy podnoszonych w niniejszym odwołaniu.

Odnosnie potencjał kadrowego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się do podnoszonej przez Odwołującego w proteście kwestii wadliwości uzupełnionego dokumentu mającego potwierdzać spełnianie omawianego warunku. Na podstawie treści uzupełnionego dokumentu nie sposób wywieść zaś, aby Wykonawca dysponował przedstawioną osobą na dzień składania ofert. Tym samym złożone uzupełnienie nie potwierdza spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień wskazany w Pzp i nie może być podstawą do uznania, iż Konsorcjum spełnia warunek udziału. W odniesieniu do powyższego Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie zajął żadnego stanowiska poza stwierdzeniem, że *„Konsorcjum w piśmie z dnia 12.10.2009 r. uzupełniło brakujące informacje i dokumenty”*. Niniejsze nie wyjaśnia kwestii wadliwego oświadczenia Wykonawcy w uzupełnionym dokumencie w odniesieniu do postanowień art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp i tym samym zasadnym jest twierdzenie Odwołującego o nie potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający dokonał już wezwania do uzupełnienia omawianych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, tym samym niedopuszczalne jest powtórne wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów tym samym zakresie. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

W dniu 12.11.2009 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum Signalbau (faxem) kopię odwołania i wezwał je do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 17.12.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum Signalbau po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Podtrzymał argumentację z przystąpienia, dodatkowo wskazując, że sformułowanie użyte w piśmie z dnia 12.10.2009 r. wynikało i było odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.10.2009 r., w którym wezwał Zamawiający do wykazania, że składając ofertę musi mieć do dyspozycji 38 osób kadry pracowniczej. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania po stronie Zamawiającego oraz dowodami przedłożonymi na rozprawie przez Przystępującego, tj. 1) wyciągiem wraz z tłumaczeniem niemieckiej normy DIN VDE 0832-100 2007 oraz 2) wyciągiem wraz z tłumaczeniem niemieckich wytycznych dotyczących sygnalizacji świetlnej skrzyżowań ulicznych, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert w części IV - obszar IV zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 7 ust. 1 i - art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp, poprzez uznanie, że uzupełnione pismem z dnia

12.10.2009 r. przez Konsorcjum Signalbau dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego potencjału kadrowego na dzień składania ofert, a w konsekwencji zaniechania wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba uznaje za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w pkt 7 SIWZ zawarł opis warunków udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wskazał, że ocena spełniania warunków wymaganych od Wykonawców zostanie dokonana wg formuły „spełnia – nie spełnia”. Wymaga, aby Wykonawca spełniał niżej określone warunki ogólne i szczegółowe. Zaś nie spełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

W pkt 7.2.3 SIWZ Zamawiający określił, że w ramach potencjału kadrowego: „Wykonawca musi mieć do dyspozycji osoby legitymujące się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk jakie zostaną im powierzone, w szczególności określonymi przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr156, poz. 1118 z późn. zm.). Wykonawca przedstawi w ofercie kandydatów na każde stanowisko wymienione poniższej:

STANOWISKO/ WYMAGANA LICZBA OSÓB/DOŚWIADCZENIE

a) Kierownik robót elektrycznych/1 osoba (niezależnie od ilości obszarów)/minimum 2 lata doświadczenia jako kierownik podobnych robót lub zastępca kierownika.

b) Kadra pracownicza z przygotowaniem zawodowym w zakresie elektrycznym lub elektronicznym z uprawnieniami SEP min. do 1kV / 12 osób – obszar I, 12 osób – obszar II; 14 osób – obszar III; 12 osób – część IV (w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część wymagana liczba osób stanowi sumę osób wymaganych dla poszczególnej części)/ minimum 2 lata doświadczenia jako elektryk.

Kierownik winien posiadać odpowiednie uprawnienia branżowe oraz zaświadczenie o wpisie na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (zgodnie z ustawą z dnia 15.12.2000 roku o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów – Dz. U. z dnia 24 stycznia 2001 roku Nr 5, poz. 42 z późn. zm.)

Osobami / Kandydatami na stanowiska wymienione w powyższej tabeli mogą być obywatele państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, zgodnie z art. 12a ustawy Prawo budowlane oraz zgodnie z regulaminem postępowania w sprawie uznania kwalifikacji zawodowych w budownictwie w Polsce osób z państw Europejskich Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej”.

W ramach pkt 8. SIWZ: „*WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W PRZEDMIOTOWYM POSTĘPOWANIU (dokumenty podmiotowe)*” Zamawiający wskazał m.in. w pkt 8.10. - Informację o osobach, które będą brać udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia („Potencjał kadrowy”) – zał. nr 2. Stwierdził, że informacja musi zawierać dane na temat kwalifikacji i doświadczenia wskazanych osób, potwierdzając jednocześnie spełnienie warunku określonego w pkt. 7.2.3. Do informacji winny być dołączone kopie uprawnień, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, (wraz z aktualnym dokumentem potwierdzającym przynależność do Izby Inżynierów Budownictwa). Ponadto, zgodnie z pkt 8.10.1. SIWZ Zamawiający wymagał także pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonywania zamówienia, jeżeli w informacji, o której mowa w pkt. 8.10., Wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował. Określił także w pkt 10 SIWZ: „*OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT*” precyzując w pkt 10.2.2., iż oferta winna zawierać wypełniony formularz „Oferta” (zgodny w treści z wzorem stanowiącym Załącznik do SIWZ) oraz m.in. oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia warunków ogólnych i szczegółowych, wymienione w pkt. 8 SIWZ.

Konsorcjum Signalbau złożyło ofertę na cz. I, III i IV. Na str. 76 oferty załączyło wymagany załącznik nr 2 dotyczący potencjału kadrowego wykazując 1 kierownika robót elektrycznych oraz 37 osób kadry pracowniczej. Zaś na str. 77 do 124 oferty dołączył niezbędne uprawnienia wraz z aktualnymi dokumentami potwierdzającymi przynależność do Izby Inżynierów Budownictwa.

Z uwagi na wykazanie 37 osób kadry pracowniczej, zamiast wymaganych 38 (wobec złożenia oferty na wskazane powyżej 3 części) Zamawiający pismem z dnia 8.10.2009 r. faxem wezwał w/w Konsorcjum do uzupełnienia m.in. informacji o osobach. Pismem z dnia 12.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii w dniu 15.10.2009 r.) uzupełnił powyższą informację złożoną w ofercie o osobę Pana Artura Z. posiadającego 5 letnie doświadczenie jako elektryk, wraz z kopią odpowiednich uprawnień SEP E nr. 46/073/2007 ważnych od dnia 28.02.2007 r. do dnia 27.02.2012 r. Wskazując w/w osobę stwierdził, że: „*posiada do dyspozycji oprócz osób kadry pracowniczej przedstawionych w ofercie dodatkowo następującą osobę kadry pracowniczej*”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby, Przystępujący Konsorcjum Signalbau skutecznie dokonało uzupełnienia wykazywanego potencjału kadrowego czynnością z dnia 12.10.2009 r. (wpływ do Zamawiającego 15.10.2009 r.).

Po drugie, zasadnym jest przyjęcia stanowiska wynikającego z przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a ponowionego na rozprawie, że

udzielona odpowiedź, tj. dokonane uzupełnienie należy rozpatrywać w kontekście treści skierowanego przez Zamawiającego wezwania. Skoro w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 8.10.2009 r. Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że: „(..) Wykonawca składając ofertę na obszar I, II i IV musi mieć do dyspozycji 38 osób kadry pracowniczej. W złożonej ofercie przedstawione zostały 37 osób, prosimy o uzupełnienie. (...)”, to uzyskaną odpowiedź należy odnosić do momentu czasowego związanego z złożeniem oferty: „składając ofertę”. W konsekwencji oświadczenie złożone w ramach uzupełnienia dokonanej czynnością z dnia 12.10.2009 r. odnosi się do terminu złożenia oferty, nie zaś terminu wynikającego z daty pisma. Stanowisko Odwołującego przedstawione w tym zakresie, Izba uznała za nietrafne.

Po trzecie, Izba kierowała się także w tej materii zasadą wynikającą z art. 65 § 1 kc, zgodnie z którą: „*Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje*”. Przy czym, Izba nie wzięła pod uwagę oświadczenia w tej materii złożonego na rozprawie przez Przystępującego. Uznając jednakże, iż w toku dokonanych przystąpień wyjaśnił on okoliczności związane z jego złożeniem, co czyni zastosowanie art. 26 ust. 4 Pzp niecelowym.

Po czwarte, Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że Przystępujący nie dysponował w terminie składania oferty osobą Pana Artura Z.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 7 ust. 1 i - art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Signalbau do wyjaśnień dotyczących wykazu wykonanych zamówień, tj. poz. 1 i 3 i załączonych odnoszących się do nich referencji, względnie do uzupełnienia przywołanego wykazu o dodatkowe zamówienia spełniające warunek wymaganego doświadczenia zawodowego, Izba uznaje za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w pkt 7 SIWZ zawarł opis warunków udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wskazał, że ocena spełniania warunków wymaganych od Wykonawców zostanie dokonana wg formuły „spełnia – nie spełnia”. Wymaga, aby Wykonawca spełniał niżej określone warunki ogólne i szczegółowe. Zaś nie spełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

W pkt 7.2.5 SIWZ Zamawiający określił, że w ramach wymaganego doświadczenia zawodowego: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje zamówienie polegające na prowadzeniu konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnej z zachowaniem ciągłości zlecenia przez minimum 6 miesięcy, na minimum 150 skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych, przejazdach tramwajowych w aglomeracji miejskiej o populacji nie mniejszej niż 100 000 mieszkańców. Wymagania dotyczą złożenia oferty na jedną część. W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część należy wykazać się doświadczeniem stanowiącym sumą wymagań dla jednej części (np.: oferta na trzy części: 450 skrzyżowań, 300.000 mieszkańców,). W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku Wykonawca musi przedstawić wykaz wykonanych usług, a także dołączyć dokumenty, w których Zamawiający potwierdził poprawność, rzetelność, terminowość oraz nazwę zrealizowanych lub realizowanych zamówień, a w przypadku zakończenia zamówienia 30 dni przed terminem składania ofert protokołem odbioru. Bez względu na ilość składanych części”.

W ramach pkt 8. SIWZ: „WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W PRZEDMIOTOWYM POSTĘPOWANIU (dokumenty podmiotowe)” Zamawiający wskazał m.in. w pkt 8.11. - Informacje o doświadczeniu zawodowym Wykonawcy („Doświadczenie zawodowe”) - zał. nr. 3. Informacja musi zawierać dane potwierdzające spełnienie warunku określonego w pkt. 7.2.5. Do informacji winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji usługi zostały wykonane należycie. Określił także w pkt 10 SIWZ: „OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT” precyzując w pkt 10.2.2., iż oferta winna zawierać wypełniony formularz „Oferta” (zgodny w treści z wzorem stanowiącym Załącznik do SIWZ) oraz m.in. oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia warunków ogólnych i szczegółowych, wymienione w pkt. 8 SIWZ.

Konsorcjum Signalbau złożyło ofertę wraz z wykazem wykonanych zamówień (str. 125 oferty) oraz dokumentami potwierdzającymi, że wymienione w wykazie usługi zostały wykonane należycie (str. 126 do 131 oferty). Niniejsze konsorcjum wykazało 3 zamówienia, w poz. 1 wykazu - zamówienie realizowane dla Stuttgartu Stołecznego Miasta Landu (od 01.06.2001 r. – nadal realizowane), konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnych na 384 skrzyżowaniach, w poz. 2 wykazu - zamówienie zrealizowane dla Zarządu Dróg Miejskich – Warszawa (od 31.10.2006 r. do 30.11.2007 r.), konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnych na 181 skrzyżowaniach oraz w poz. 3 wykazu - zamówienie realizowane dla Hanoweru Stołecznego Miasta Landu (od 01.07.2000 r. – nadal realizowane), konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnych na 530 skrzyżowaniach. Dokumenty potwierdzające, że usługi wymienione w poz. 1 i 3 wykazu zostały wykonane należycie dotyczyły niemieckiego

partnera Konsorcjum, tj. Signalbau Huber GmbH i zostały złożone w języku niemieckim (str. 127-128 oraz 130 oferty) wraz z tłumaczeniem dokonany przez tłumacza przysięgłego (str. 129 oraz 131 oferty). Tłumaczenia wskazują w pierwszym wypadku, że chodzi o 1 - sygnalizację z rozdziałem na poszczególne pasy jezdni oraz 384 - sygnalizacji świetlnych skrzyżowań ulicznych (tłumaczenie dokumenty wystawionego przez miasto Stuttgart), w drugim wypadku stwierdzają, że: „Do systemu sygnalizacji świetlnych włączono 530 instalacji sygnalizacji świetlnych skrzyżowań ulicznych (...)”, „Od roku 1998 wybudowano następane 110 instalacji sygnalizacji świetlnych skrzyżowań ulicznych (...)”.

Protestujący dołączył do protestu tłumaczenia przedłożonych przez Konsorcjum Signalbau listów referencyjnych z których wynika, że w pierwszym wypadku, że chodzi o 1-sygnalizację z rozdziałem na poszczególne pasy jezdni oraz 384 – urządzeń sygnalizacji świetlnej, w drugim wypadku stwierdzają, że: „Do systemu sygnalizacji świetlnych włączono ok. 530 urządzeń sygnalizacji świetlnej (...)”, „Od roku 1998 wybudowano następane 110 urządzeń sygnalizacji świetlnej (...)”. Dodatkowo załączył listy referencyjne wraz z tłumaczeniami z 2006 r. wystawione przez miasto Hanower i Stuttgart, które odnoszą się do tych samych zamówień co wykazywane w niniejszym postępowaniu, ale według stanu na rok 2006. W niniejszych tłumaczeniach listów referencyjnych o analogicznej treści (z różnicami tylko co do wskazywanych ilości) wskazuje, że przedmiotem realizacji usług były: „urządzenia sygnalizacji świetlnej”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby przedłożone na rozprawie przez Przystępującego dowody, tj. wyciąg wraz z tłumaczeniem niemieckiej normy DIN VDE 0832-100 2007 oraz wyciąg wraz z tłumaczeniem niemieckich wytycznych dotyczących sygnalizacji świetlnej skrzyżowań ulicznych potwierdzają zasadność jego argumentacji.

Po drugie, z treści pkt 7.2.5 SIWZ nie wynika, że należało się wykazać realizacją usługi konserwacji całej instalacji sygnalizacji świetlnej, wystarczające było wykazanie się realizacją usługi konserwacji jakiegokolwiek elementu instalacji sygnalizacji świetlnej byleby zostało potwierdzone, że miało to miejsce na 450 skrzyżowaniach.

Po trzecie, Izba uznaje że wiarygodne wyjaśnienie dokonane przez Przystępującego na rozprawie odnośnie różnicy w tłumaczeniu listów referencyjnych z 2006 r. względem tłumaczeń listów referencyjnych z 2009 r. Uznając, że zaistniała różnica wynika także z uwzględnienia przez tłumacza przysięgłego okoliczności wynikających z normy i prawa niemieckiego dotyczącego rozumienia sformułowania: „Lichtsignalanlagen”.

Po czwarte, abstrahując od wskazanych okoliczności, należy zauważyć za orzecznictwem KIO, że to oświadczenie woli zawarte w przedstawionym wykazie ma potwierdzać spełnianie warunku udziału wymaganego doświadczenia zawodowego, listy

referencyjne, czyli dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia nie muszą być literalnym powtórzeniem treści oświadczeń złożonych w ramach wykazu. Bezspornie potwierdzały one należyte wykonanie zamówienia, czyli spełniały swoją rolę w tym zakresie.

Po piąte, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący nie spełniał, na bazie dokumentów złożonych do oferty, warunku wymaganego doświadczenia, zaś uzyskane w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego oraz na rozprawie wyjaśnienia dodatkowo potwierdziły istniejący w ofercie stan rzeczy, nie wymagający zastosowania art. 26 ust. 4, czy też uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Izba nie odnosiła się do zarzutów dotyczących niezgodności treści listów referencyjnych z przedmiotem zamówienia, uznając że z uwagi na ich nie podnoszenie tak na etapie protestu, jak i odwołania nie podlegają one rozpoznaniu (art. 191 ust. 3 Pzp).

Względem zarzutów dotyczących wadliwego rozpatrzenia złożonego przez Odwołującego protestu, Izba wskazuje na art. 183 ust. 3 Pzp, pozwalający rozstrzygać protest poprzez brak jego rozstrzygnięcia, czyli milczenie, co stanowi oddalenie protestu. Powyższe czyni zarzuty w tym zakresie Odwołującego bezprzedmiotowymi.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 2.000,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....