

Sygn. akt: KIO 2658/11

KIO 2662/11

WYROK

z dnia 28 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2011 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UTI Traffic Management S.A. z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2 (lider konsorcjum); UTI Grup S.A. z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C; Grupa UTI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4; Przemysłowy Instytut Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-051 Warszawa, ul. Poligonowa 30 (adres do korespondencji: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4) (sygn. akt KIO 2658/11),**
- B. wykonawcę **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, 10-062 Olsztyn, ul. Jagiellończyka 26 (sygn. akt KIO 2662/11),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdyni, 81-382 Gdynia, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54,**

przy udziale:

1. wykonawcy **Qumak – Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt KIO 2658/11 i KIO 2662/11** po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, 10-062 Olsztyn, ul. Jagiellończyka 26** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt KIO 2658/11** po stronie zamawiającego,

3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UTI Traffic Management S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2 (lider konsorcjum); **UTI Grup S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C; **Grupa UTI Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4; **Przemysłowy Instytut Telekomunikacji S.A.** z siedzibą w Warszawie, 04-051 Warszawa, ul. Poligonowa 30 (adres do korespondencji: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt KIO 2662/11** po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UTI Traffic Management S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2 (lider konsorcjum); **UTI Grup S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C; **Grupa UTI Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4; **Przemysłowy Instytut Telekomunikacji S.A.** z siedzibą w Warszawie, 04-051 Warszawa, ul. Poligonowa 30 (adres do korespondencji: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4) (sygn. akt KIO 2658/11) i wykonawcę **Sprint S.A.** z siedzibą w Olsztynie, 10-062 Olsztyn, ul. Jagiellończyka 26 (sygn. akt KIO 2662/11) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UTI Traffic Management S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2 (lider konsorcjum); **UTI Grup S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C; **Grupa UTI Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4; **Przemysłowy Instytut Telekomunikacji S.A.** z siedzibą w Warszawie, 04-051 Warszawa, ul. Poligonowa 30 (adres do korespondencji: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4) (sygn. akt KIO 2658/11) i wykonawcę **Sprint S.A.** z siedzibą w Olsztynie, 10-062 Olsztyn, ul. Jagiellończyka 26 (sygn. akt KIO 2662/11) tytułem wpisów od odwołań.

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UTI Traffic Management S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2 (lider konsorcjum); **UTI Grup S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C; **Grupa UTI Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4; **Przemysłowy Instytut Telekomunikacji S.A.** z siedzibą w Warszawie, 04-051 Warszawa, ul. Poligonowa 30 (adres do korespondencji: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4) (sygn. akt KIO 2658/11) i wykonawcy **Sprint S.A.** z siedzibą w Olsztynie, 10-062 Olsztyn, ul. Jagiellończyka 26 (sygn. akt KIO 2662/11) na rzecz **Gminy Miasta Gdyni, 81-382 Gdynia, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54** kwotę **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **1 500 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UTI Traffic Management S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2 (lider konsorcjum); **UTI Grup S.A.** z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C; **Grupa UTI Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4; **Przemysłowy Instytut Telekomunikacji S.A.** z siedzibą w Warszawie, 04-051 Warszawa, ul. Poligonowa 30 (adres do korespondencji: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4) (sygn. akt KIO 2658/11) oraz kwotę **1 500 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Sprint S.A.** z siedzibą w Olsztynie, 10-062 Olsztyn, ul. Jagiellończyka 26 (sygn. akt KIO 2662/11).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2658/11

KIO 2662/11

Uzasadnienie

Gmina Miasta Gdyni, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zintegrowany System Zarządzania Ruchem TRISTAR”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 sierpnia 2011 r., nr 2011/S 156-259491.

Sygn. akt KIO 2658/11

W dniu 2 grudnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. UTI Traffic Management S.A. z siedzibą w Bukareszcie (Rumunia); UTI Grup S.A. z siedzibą w Bukareszcie (Rumunia); Grupa UTI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Przemysłowy Instytut Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Warszawie reprezentowanych przez Marka Litwina, zwanych dalej „Odwołującym UTI”, o wyborze oferty wykonawcy Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Qumak”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 12 grudnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący UTI wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2011 r.) od czynności i zaniechań niezgodnych z przepisami ustawy podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 1 i pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a z ostrożności także naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Qumak oraz wykonawcy Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, zwanego dalej „Sprint”, pomimo, że oferty złożone przez tych wykonawców zawierają rażąco niską cenę; ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców Qumak i Sprint o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
2. art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sprint z postępowania pomimo, że wykonawca ten wykonywał bezpośrednio czynności

związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, co utrudniło uczciwą konkurencję; a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Qumak i Sprint pomimo, iż nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania tych wykonawców do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak i Sprint pomimo, że treść ich ofert jest niezgodna z treścią SIWZ;
5. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ujawnienie dokumentów zastrzeżonych w ofercie Odwołującego UTI jako tajemnica przedsiębiorstwa;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
7. innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających. Jednocześnie Odwołujący UTI wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Qumak jako oferty najkorzystniejszej,
 2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
 3. wykluczenia wykonawców: Qumak i Sprint z postępowania oraz odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców,

ewentualnie,

4. wezwania wykonawców Qumak i Sprint do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz do wyjaśnień czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i w razie ich nieprzedłożenia lub przedłożenia niewystarczających dokumentów lub wyjaśnień, wykluczenie wykonawców z postępowania i odrzucenie ofert przez nich złożonych,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego UTI jako oferty najkorzystniejszej,
6. zaniechanie ujawniania dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego UTI.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący UTI wskazał m.in., iż:

Odnośnie zarzutu II uzasadnienia odwołania (rażąco niska cena oferty wykonawcy Qumak i wykonawcy Sprint) Odwołujący UTI zarzucił Zamawiającemu zaniechanie

odrzućenia ofert złożonych przez wykonawców Qumak i Sprint, pomimo, że oferty te zawierają rażąco niską cenę. Przyjęcie przez Zamawiającego, że cena zawarta w ofercie wykonawcy Qumak nie jest ceną rażąco niską, a w efekcie wybór oferty wykonawcy Qumak jako najkorzystniejszej, stanowi rażące naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp. Punktem odniesienia dla stwierdzenia czy cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej jest przede wszystkim szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia - pod warunkiem ustalenia jej przez Zamawiającego z należytą starannością, a w dalszej kolejności ceny innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie wykonawcy Qumak (133.762.500,00zł brutto) oraz w ofercie wykonawcy Sprint (138.929.753,37 zł brutto) w sposób znaczący odbiega od wartości szacunkowej zamówienia oraz od cen zaproponowanych w pozostałych ofertach. Ceny zaoferowane przez wykonawców Qumak i Sprint są cenami niewiarygodnymi i oderwanymi od realiów rynkowych. Wykonanie zamówienia za zaoferowane ceny jest niemożliwe a cena nie pokrywa wydatków wykonawców związanych z wykonaniem zamówienia. Dlatego też Zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ustawy Pzp - czy oferty złożone przez wykonawców Qumak i Sprint zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z porównania ofert wynika, że poziom cen proponowanych przez wykonawców Qumak i Sprint oraz pozostałych wykonawców odbiega od siebie w znacznym stopniu. Wykonanie zamówienia w cenie wskazanej w ofercie wykonawców Qumak i Sprint nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tych wykonawców.

Odnosnie zarzutu III uzasadnienia odwołania (naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy Sprint) Odwołujący UTI zarzucił Zamawiającemu iż wykonawca Sprint podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności.

W dniu 29.07.2009 r. pomiędzy Gminą Miasta Gdyni a Konsorcjum składającym się z następujących podmiotów: Sprint Sp. z o.o. Oddział Gdańsk oraz Zbigniew Siwek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Budinfo”, doszło do zawarcia umowy nr KB/526/UI/154/W/2009, na mocy której wskazane podmioty wykonały dokumentację projektowo-kosztorysową zintegrowanego systemu zarządzania ruchem TRISTAR dla przedsięwzięcia pn. „Usprawnienie ruchu transportu miejskiego w obszarze centralnym Trójmiasta z zastosowaniem Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem TRISTAR”. Przedmiot umowy (zgodnie z § 1 ust. 3 umowy) obejmował: „opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej, tj. map do celów projektowych uzgodnionych z ZUDP oraz z Marynarką Wojenną, projektów budowlanych, przedmiarów robót, kosztorysów inwestorskich, zbiorczych zestawień kosztów, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót

budowlanych oraz opracowanie wniosków o pozwolenie na budowę dla zadań wymagających pozwolenia na budowę”. Czynności wykonywane przez wykonawcę Sprint w wyniku ww. umowy są więc czynnościami związanymi z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, w których wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a udział ten utrudnił uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Wiedza zdobyta przez wykonawcę Sprint w związku z przygotowaniem postępowania (w szczególności co do kosztorysów oraz specyfikacji technicznych) dała temu wykonawcy przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Tym samym miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach i posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia.

Odnośnie zarzutu IV uzasadnienia odwołania (niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Qumak) Odwołujący podniósł, iż na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w punkcie 9.1.1.a) SIWZ wykonawca wskazał dwie roboty budowlane: Miejskie Centrum Zarządzania Ruchem Drogowym w Cannes (poz. 1 wykazu) i Centrum Zarządzania Ruchem Drogowym w Aglomeracji Lyońskiej (poz. 2 wykazu):

- a) usługa wskazana w pozycji 1 wykazu - z treści wystawionej referencji wynika, że spółka SPI Sud Est nie uruchomiła systemu lecz dokonała jedynie prób elementów składowych systemu regulacji ruchu. Powyższe jednoznacznie potwierdza sprzeczność między informacjami zawartymi w wykazie doświadczenia, jak również treść załączonej do oferty referencji SPIE Sud Est, z której wynika, iż nie uruchomiła ona całego systemu jak wymagał tego Zamawiający, a wykonała jedynie próby pojedynczych elementów składowych co nie potwierdza wymagań obecnego Zamawiającego,
- b) usługa wskazana w pozycji 2 wykazu - z treści referencji wynika, że „powyższy system będzie używany do zarządzania ruchem drogowym oraz umożliwi zarządzanie uprzywilejowanym ruchem komunikacji miejskiej”. Wobec tego, systemu wykonanego przez SPIE Sud Est nie można uznać jako systemu zarządzania ruchem drogowym, gdyż system nie jest używany jako system do zarządzania ruchem. Z treści referencji wynika, że system umożliwia jedynie obserwację warunków ruchu drogowego w mieście oraz pozwala uczestnikom dróg na uzyskanie dokładnych informacji poprzez specjalny portal internetowy. A ponadto w referencji wystawionej dla SPIE Sud Est użyto czasu przyszłego w stosunku do funkcjonalności systemu w zakresie zarządzania ruchem drogowym.

Odnośnie zarzutu V uzasadnienia odwołania (niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Sprint) Odwołujący UTI wskazał, iż wykonawca Sprint nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w 9.1.1. a) SIWZ w związku z czym podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Postawionego wymogu nie spełnia bowiem:

- a) usługa z pozycji 1 wykazu - Pudong (Szanghaj), gdyż wykaz robót ani dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone nie potwierdzają spełnienia wszystkich wymagań wskazanych przez Zamawiającego w pkt. 9.1.1 a) SIWZ. Wykonawca nie potwierdził, że wykonał co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była dostawa, budowa i uruchomienie systemu zarządzania ruchem drogowym, w skład którego wchodziły co najmniej: - system gromadzenia i prezentacji informacji o zarządzaniu meldunkami, - system GIS jako podstawa do prezentacji danych urządzeniach oraz system nie współpracuje z systemem nadzoru transportu publicznego,
- b) usługa z pozycji 2 wykazu - Dublin (Irlandia), gdyż ani wykaz robót ani dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone nie potwierdzają spełnienia wszystkich wymagań wskazanych przez Zamawiającego w pkt. 9.1.1)a) SIWZ.

Odnośnie zarzutu VI uzasadnienia odwołania (niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Qumak dysponowania osobami) Odwołujący UTI wskazał, iż osoby wskazane przez tego wykonawcę posiadają uprawnienia wydane zapewne na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 r. (Dz. U. z 1975 r., Nr 8, poz. 46 ze zm.) i nie zawierają w swym zakresie budowli hydrotechnicznych oraz obiektów budowlanych melioracji wodnych, co oznacza, że te uprawnienia (wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów) nie odpowiadają obecnie wydawanym uprawnieniom budowlanym. W konsekwencji uprawnienia wskazanych przez wykonawcę osób nie potwierdzają spełnienia wymagań SIWZ.

Odnośnie zarzutu VII uzasadnienia odwołania (niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Sprint - dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) Odwołujący UTI wskazał, iż pełnomocnictwa złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów przez CKK Architektki Biuro Projektowe s.c. Anna K, Małgorzata O oraz SANOVA s.c. Paweł B, Stanisław H nie zawierają upoważnienia do złożenia w imieniu podmiotu udostępniającego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

A ponadto wykonawca ten na potwierdzenie spełnienia, że dysponuje osobami posiadającymi uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wskazał osobę, która uprawnienia te uzyskała w 1969 r., a tym samym osoba ta może nie posiadać uprawnień w zakresie sieci elektrycznych.

Odnośnie zarzutu VIII uzasadnienia odwołania (odrzućenia ofert wykonawcy Qumak i wykonawcy Sprint na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) Odwołujący UTI wskazał, iż

zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 10.10.2011 r. na pytanie 441 Zamawiający dokonał zmiany przedmiotu zamówienia, usuwając z załącznika 1d pozycję II.13 „Budowa znaków zmiennej treści ZZT”. A ponieważ wykonawcy Sprint i Qumak nie uwzględnili zmian w treści swoich ofert zatem treść ofert tych wykonawców jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odnosnie zarzutu IX uzasadnienia odwołania (ujawnienia dokumentów zastrzeżonych w ofercie Odwołującego UTI jako tajemnica przedsiębiorstwa) Odwołujący UTI wskazał, iż Zamawiający ujawnił wszystkie zastrzeżone przez niego informacje pozostałym uczestnikom postępowania bez wzywania wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie, co narusza treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 grudnia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pisma wykonawcy Sprint i Qumak otrzymali w tej dacie).

W dniu 15 grudnia 2011 r. (pismem z dnia 14 grudnia 2011 r.) wykonawca Sprint przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w tej samej dacie przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu UTI i Zamawiającemu.

W dniu 16 grudnia 2011 r. (pismem z dnia 15 grudnia 2011 r.) wykonawca Qumak przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w tej samej dacie przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu UTI i Zamawiającemu.

Sygn. akt KIO 2662/11

W dniu 2 grudnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę „Sprint” S.A. z siedzibą w Olsztynie, zwanego dalej „Odwołującym Sprint”, o wyborze oferty wykonawcy Qumak jako najkorzystniejszej.

W dniu 12 grudnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący Sprint wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2011 r.) od rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, tj. czynności:

1. badania ofert, poprzez przeprowadzenie nieprawidłowej procedury w zakresie wezwania wykonawcy Qumak do wyjaśnienia względnie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków posiadania wiedzy i doświadczenia,

2. badania ofert, poprzez niewykluczenie wykonawcy Qumak, a następnie nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę Qumak jako wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
3. wybór najkorzystniejszej oferty, poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę oferty wykonawcy Qumak pomimo, iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

8. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie w stosunku do wykonawcy Qumak w zakresie złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów w odniesieniu do wykazu zrealizowanych dostaw i referencji potwierdzających należyte ich wykonanie, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie do uzupełnienia wykazu zrealizowanych dostaw i referencji potwierdzających należyte ich wykonanie, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji skutkowało naruszeniem,
9. art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Qumak jako wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a następnie nie odrzucenia oferty tego wykonawcy,
10. art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawców Qumak jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a następnie nie odrzucenia oferty tego wykonawcy,
1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503) poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do wyboru wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, a tym samym zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ww. ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący Sprint wniósł o:

7. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Qumak,
8. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz wykluczenia wykonawcy Qumak, a następnie odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę,

9. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz wezwanie wykonawcy Qumak do uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub/i ich wyjaśnienia,
10. nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielnie tego zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż wykonawca Qumak nie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia w zakresie punktu 9.1.1. a) SIWZ (zarzut ten cofnął na rozprawie).

A ponadto podniósł, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia w zakresie punktu 9.1.2. SIWZ, gdyż:

- a) Usługa utrzymania Stanowiska Centralnego Systemu Zarządzania Ruchem Ulicznym w Cannes dotyczy konserwacji systemu regulacji ruchu czyli konserwacji oprogramowania. Zamawiający wymagał natomiast realizacji usługi utrzymania sygnalizacji świetlnych. Konserwacja sygnalizacji, zgodnie z przyjętymi standardami, polega na zapewnieniu ciągłości pracy urządzeń sygnalizacji świetlnych zainstalowanych na skrzyżowaniach, w tym m.in.: naprawy sygnalizatorów, np. poprzez wymianę przepalonych żarówek, usuwanie uszkodzeń detektorów pojazdów, np. poprzez naprawę pętli indukcyjnych lub wideo detektorów, usuwanie uszkodzeń sterowników sygnalizacji świetlnej itp. ,
- b) Usługa utrzymania Stanowiska Centralnego Systemu Zarządzania Ruchem Ulicznym w Tuluzie nie spełnia postawionego warunku, gdyż zgodnie z treścią, referencji zamieszczonej na stronie 75 oferty, usługa ta dotyczy „konserwacji oprogramowania PC CAPITOU”, a nie usługi utrzymania sygnalizacji świetlnych. Natomiast utrzymanie sygnalizacji świetlnych jest w mieście Toulouse realizowane bezpośrednio przez służby miejskie.

W dniu 13 grudnia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pisma konsorcjum UTI i wykonawca Qumak otrzymali w tej dacie).

W dniu 15 grudnia 2011 r. (pismem z dnia 14 grudnia 2011 r.) konsorcjum UTI przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, w tej samej dacie przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 16 grudnia 2011 r. (pismem z dnia 15 grudnia 2011 r.) wykonawca Qumak przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w tej samej dacie przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż obaj Odwołujący wykazali interes we wniesieniu odwołań oraz szkodę jaką ponieśli, gdyby nie uzyskali przedmiotowego zamówienia, a zarzuty ten zostały wniesione w terminie.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2658/11

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców Qumak i Sprint (zarzut II uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający wartość brutto zamówienia oszacował na kwotę 198 917 350,62 zł brutto, w tym wartość robót uzupełniających ustalił na kwotę 18 083 395,51 zł brutto (druk ZP - PN s. 1). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaka zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i kwota ta wynosi 180 833 955,11 zł brutto (druk ZP – s. 4).

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zaoferowali za jego wykonanie za następujące ceny:

1. wykonawca Qumak – 133.762.500,00 zł brutto,
2. wykonawca Sprint – 138.929.753,37 zł brutto,
3. konsorcjum UTI – 159.832.001,94 zł brutto,
4. wykonawca Asseco Poland S.A. – 187.872.754,58 zł brutto,
5. konsorcjum: ARTEM S.A., PBG S.A. – 245.697.420,00 zł brutto,

6. konsorcjum WASKO S.A., Gertrude S.A.E.M. – 239.071.668,30 zł brutto,
7. firmy: Acatel – Lucent Polska Sp. z o. o., INDRA SISTEMAS S.A., Mirabel Investments Sp. z o. o. - 225.268.063,41 zł

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W ustawie Pzp brak jest definicji rażąco niskiej ceny. Niemniej jednak przyjmuje się, iż ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również cena niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe.

W niniejszym stanie faktycznym, wbrew twierdzeniom Odwołującego UTI, Zamawiający nie postawił wykonawcy Qumak zarzutu rażąco niskiej ceny. Istotnie, pismem z dnia 9 listopada 2011 r., Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy, jednak – jak podnosił Zamawiający i jak to wynika z treści przedmiotowego pisma - w trybie art.26 ust. 4 ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień dotyczących załącznika nr 1 b (pozycje: I.12, I.13, II.4 i III.3), załącznika nr 1c (pozycja I.5) i załącznika nr 1d (pozycje: I.11, II.4, II.5 i III.3), a mianowicie wyjaśnienia elementów, które wpłynęły na zaoferowanie takiej ceny oraz potwierdzenia, że wykonawca wykona te elementy zgodnie z wymogami dokumentów, będących załącznikami do SIWZ oraz wymogami określonymi w SIWZ. Zapytanie to – jak konsekwentnie podkreślał Zamawiający - nie dotyczyło rażąco niskiej ceny, a jedynie „upewnienia się, iż dane elementy zostaną w całości wykonane za tę cenę, a czynił to na wypadek ewentualnych rozliczeń w przypadku zaistnienia nieprzewidywanych okoliczności, w tym odstępiania od umowy”. Dlatego też zarzucanie wykonawcy Qumak poczynienia zbyt lakonicznych i ogólnikowych wyjaśnień w tym zakresie, co miałyby skutkować uznaniem, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską ceną jest nieuprawnione. Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy Qumak, jak i wykonawcy Sprint - w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż – jak dalej podkreślał - nie miał wątpliwości co do tego, że zaoferowana przez tych wykonawców cena nie jest ceną rażąco niską. Wystąpienie z zapytaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy Zamawiający w trakcie oceny ofert uzna, iż ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia, jak i cen innych ofert. To bowiem Zamawiający ocenia czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską i to on po stwierdzeniu takiego faktu wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień i dowodów na wykazanie tego, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Istotnie – jak wynika z akt postępowania istnieje znaczna różnica pomiędzy najwyższą zaoferowaną ceną (245.697.420,00 zł brutto) a ceną zaoferowaną przez wykonawcę Qumak, niemniej jednak co najmniej trzech wykonawców złożyło oferty o cenach, które od siebie nie odbiegały (wykonawca Qumak – 133.762.500,00 zł brutto; wykonawca Sprint –

138.929.753,37 zł brutto i Odwołujący UTI – 159.832.001,94 zł brutto). Fakt, iż ceny tych ofert są do siebie zbliżone, oznacza, iż odzwierciedlają one rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie i w takich samych warunkach gospodarczych. Istnienie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie tylko, że nie jest ale i nie było i być nie mogło wystarczającym dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Qumak i wykonawcy Sprint. Uznanie ceny za rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga bowiem nie tylko odniesienia do wartości szacunkowej zamówienia ale także do ceny innych ofert, a różnice powstałe w wyniku porównania oferty do szacunkowej wartości zamówienia, czy też ofert pozostałych wykonawców nie stanowi jeszcze podstawy do stwierdzenia, że cena danej oferty jest ceną rażąco niską, gdyż „przyjęcie wyłącznie arytmetycznego kryterium porównywalności cen i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne” (wyrok SO w Katowicach z dnia 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 230/10). A ponieważ w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie uznał ceny ofert wykonawcy Qumak i wykonawcy Sprint za rażąco niskie to Odwołujący UTI, podnosząc ten zarzut, powinien był udowodnić – zgodnie z treścią art. 6 k.c. – że ceny zaoferowane przez tych wykonawców są cenami rażąco niskimi, a przede wszystkim wykazać, że wykonawcy tak ustalili ceny swych ofert, że to właśnie Zamawiający „będzie ponosił z tego tytułu straty i że w przyszłości zagrozi to bezpiecznemu wykonaniu umowy z zamawiającym” (wyrok SO w Bielsku – Białej z dnia 10 marca 2009 r., sygn. akt II Ca 88/09). Odwołujący UTI dowodów takich nie przedstawił, opierając się jedynie na gołosłownych twierdzeniach, nie popartych żadnymi dowodami.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - Sprint (zarzut III uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Bezspornym jest, iż firma Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Oddział Gdańsk oraz Pan Zbigniew Siwek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Budinfo”, na podstawie umowy nr KB/526/UI/154/W/2009 z dnia 29 lipca 2009 r., wykonywali określone czynności na rzecz Zamawiającego.

Powyższe, w ocenie Odwołującego UTI, winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba

że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji (...). Wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu może więc mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca mógł wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia, sporządzenie SIWZ, tym samym jest on uprzywilejowany w stosunku do pozostałych wykonawców, o ile taki wykonawca, dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania, może wpłynąć na jego wynik, przy czym uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, a rezultat jego prac musi zostać wykorzystany przez Zamawiającego, bez istotnej ingerencji. Wykonawca nie może być jednak wykluczony z postępowania na podstawie powyższego przepisu – zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie Fabricom S.A. przeciwko Belgii, sygn. C-21/03 i C-34/03 (A.Kurowska, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, Warszawa 2006, s. 134) - bez możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania, o ile takowy był, nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji. Dlatego też dla ustalenia skuteczności wykluczenia danego wykonawcy, na tej właśnie podstawie, należy zawsze zbadać, czy łącznie zaistniały ww. przesłanki, a przede wszystkim, czy wykonawca bezpośrednio uczestniczył w przygotowaniu postępowania. W niniejszym stanie faktycznym bezspornym jest, iż Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział Gdańsk oraz Pan Zbigniew Siwek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Budinfo” opracowali na rzecz Zamawiającego dokumentację projektowo – kosztorysową. Niemniej jednak - jak oświadczył Zamawiający oraz Przystępujący Sprint – praca ta była tylko i wyłącznie pracą koncepcyjną, stanowiącą pewną część zakresu kosztorysowo – budowlanego przedmiotowego zamówienia. Natomiast wszystkie specyfikacje techniczne systemu zarządzania ruchem, PFU oraz SIWZ w całości przygotował sam Zamawiający. To także Zamawiający udostępnił wszystkim wykonawcom pełną dokumentację postępowania. Wszyscy wykonawcy mieli więc taki sam czas na zapoznanie się z jej treścią, w tym także na wprowadzanie dokonywanych w trakcie postępowania kolejnych zmian. Uczestnictwo wskazanych wyżej podmiotów nie dało więc wykonawcy Sprint przewagi nad pozostałymi wykonawcami. A ponadto przedmiotowe postępowanie jest realizowane w formie zaprojektuj i wybuduj, tak więc wszystkie projekty wykonawcze łącznie z nadzorem autorskim dla całości przedmiotu zamówienia zrealizuje dopiero ten wykonawca, który uzyska to zamówienie.

Niemniej jednak samo uczestniczenie wykonawcy lub posługiwanie się przez niego osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Koniecznym jest bowiem, aby udział takiej osoby powodował utrudnienie uczciwej konkurencji, a ocenę w tym zakresie dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. Należy zatem wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała

przewagę wykonawcy Sprint nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma więc zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę a także stopień trudności przygotowania oferty. Istotnie podmioty te (firma Sprint Sp. z o.o., Oddział Gdańsk oraz Pan Zbigniew Siwek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Budinfo”) brały udział w przygotowaniu pewnej części dokumentacji. Jednak nie dotyczyło to, co konsekwentnie podkreślał Zamawiający ściśle określonych i wskazanych już wyżej dokumentów. Tak więc wiedza posiadana przez firmę Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział Gdańsk oraz Pana Zbigniewa Siwek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Budinfo, nabyta podczas przygotowania części zakresu dokumentacji projektowo – kosztorysowej nie mogła mieć wpływu na treść przygotowanej przez wykonawcę Sprint oferty, gdyż podmioty ww. nie brały udziału w przygotowaniu wskazanych wyżej materiałów. Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego UTI, że udział wskazanych podmiotów w przygotowaniu części dokumentacji spowodował, iż wykonawca Sprint był w stanie przygotować swoją ofertę w krótszym czasie i skalkulować niższą cenę. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z pełną dokumentacją postępowania został bowiem przedstawiony wykonawcom jednocześnie i mieli oni jednakowy, ściśle określony czas na przygotowanie ofert. Tak więc okoliczność, iż oferta wykonawcy Sprint spełnia wymogi Zamawiającego, jak również jest drugą ofertą w rankingu cen nie może stanowić dowodu na to, iż doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział Gdańsk oraz Pan Zbigniew Siwek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Budinfo nie znali bowiem wartości szacunkowej zamówienia, a cena oferty tego wykonawcy nie jest ceną najkorzystniejszą. Udział wskazanych wyżej podmiotów w przygotowaniu tego postępowania miał jedynie ograniczony charakter i nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji.

Reasumując stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Qumak – (zarzut IV uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 9.1 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” postawił warunek, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki art. 22 ust. 1 tj.: 1) posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył:

a) co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była dostawa, budowa i uruchomienie systemu zarządzania ruchem drogowym, obsługującym co najmniej 30 skrzyżowań, współpracującego z systemem sterowania ruchem miejskim oraz z systemem nadzoru transportu publicznego, w skład którego wchodziły co najmniej:

- centrum operacyjne zarządzania ruchem
- system pomiaru ruchu z instalacją przynajmniej 100 punktów detekcji określający stan ruchu dla sieci drogowej miasta,
- system gromadzenia i prezentacji informacji o utrudnieniach w ruchu i remontach i zarządzania meldunkami,
- system GIS jako podstawa do prezentacji danych o ruchu, sieci drogowej i urządzeniach”.

Wykonawca Qumak w załączniku nr 3a „Wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...)” wykazał:

- w poz. 1 robotę wykonaną w Cannes,
- w poz. 2 robotę wykonaną w Lyon,

Odwołujący UTI podniósł, iż usługa wskazana w pozycji 1 wykazu (Cannes) nie została wykonana (system nie został uruchomiony), na co wskazuje sprzeczność pomiędzy treścią wykazu, a treścią referencji, z których wynika, że SPIE Sud Est wykonała jedynie próby pojedynczych części systemu, a nie uruchomiła tego systemu. Co do realizacji w Lyon Odwołujący UTI podniósł, iż zrealizowany system nie jest systemem do zarządzania ruchem drogowym, gdyż nie jest używany jako system do zarządzania ruchem.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przede wszystkim Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, stwierdził, iż za spełniającą udział w postępowaniu uznał usługę wskazaną w pozycji 2 wykazu, a więc usługę zrealizowaną dla miasta Lyon, nie uznając usługi wykonywanej dla miasta Cannes, przy czym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczyło wykazanie się przez wykonawcę wykonaniem jedynie jednej usługi spełniającej postawione wymogi. Tak więc uznanie usługi wykonywanej dla miasta Lyon czyni zadość wymogom Zamawiającego.

Przede wszystkim stwierdzić należy, iż Odwołujący UTI nie wykazał, że zrealizowany przez SPIE Sud- Est dla miasta Lyon system faktycznie nie jest systemem zarządzania ruchem drogowym, opierając swe twierdzenia jedynie na wyrwanym z treści referencji i wybiórczo zacytowanym zdaniu („powyższy system będzie używany do zarządzania ruchem drogowym oraz umożliwi zarządzanie uprzywilejowanym ruchem komunikacji miejskiej”) i użytego w tym jednym zdaniu czasu przyszłego, wywodząc stąd w sposób nieuprawniony, iż referencje potwierdzają funkcje systemu, których w dniu ich wystawienia system ten nie posiadał. Argumenty Odwołującego UTI sprowadzają się więc do kwestionowania ograniczonej części treści referencji. Nie zawierają natomiast żadnych argumentów i

dowodów popierających stawianą wcześniej tezę. Tymczasem to z treści referencji wynika jednoznacznie, iż „firma SPIE Sud - Est (...) udanie przeprowadziła dostawę, instalację, wykonanie i obsługę prac związanych z Centrum Zarządzania Ruchem Drogowym w mieście Lyon włącznie z wdrożeniem systemu oprogramowania komputerowego” i „system ten umożliwia obserwację warunków ruchu drogowego w mieście (...), pozwala użytkownikom dróg na uzyskanie dokładnych informacji poprzez specjalny portal”. Tak więc system ten, wbrew twierdzeniom Odwołującego UTI, jest systemem używanym jako system do zarządzania ruchem, posiadającym wymagane funkcjonalności. Potwierdzeniem powyższego jest także oświadczenie Zamawiającego – Wspólnoty Miejskiej Wielkiego Lyonu, w treści którego jednoznacznie stwierdzono, iż przedmiotem postępowania była „dostawa, budowa i uruchomienie systemu zarządzania ruchem drogowym, obsługującym co najmniej 30 skrzyżowań, współpracującym z systemem sterowania ruchem miejskim oraz z systemem nadzoru transportu publicznego”, a więc usługa obejmująca wskazane w oświadczeniu i wymagane przez Zamawiającego elementy. Zarzut ten w tym właśnie zakresie jest więc bezprzedmiotowy. Równie absurdalny jest zarzut jakoby ów system nie posiadał w dniu wystawienia referencji funkcjonalności określonych i wymaganych przez obecnego Zamawiającego. Nie podał on bowiem ani w treści odwołania, ani też na rozprawie o jakie konkretnie wskazane funkcjonalności chodzi. Jego zarzuty są więc tylko niczym nie popartymi przypuszczeniami. Na marginesie należy dodać, iż to na Odwołującym UTI – zgodnie z art. 6 k.c. – ciąży ciężar dowodu. A żadnych dowodów na poparcie stawianych tez wykonawca ten nie przedstawił.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Sprint – warunek doświadczenia (zarzut V uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 9.1 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” postawił warunek, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki art. 22 ust. 1 tj.: 1) posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył:

a) co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była dostawa, budowa i uruchomienie systemu zarządzania ruchem drogowym, obsługującym co najmniej 30 skrzyżowań, współpracującego z systemem sterowania ruchem miejskim oraz z systemem nadzoru transportu publicznego, w skład którego wchodziły co najmniej:

- centrum operacyjne zarządzania ruchem
- system pomiaru ruchu z instalacją przynajmniej 100 punktów detekcji określający stan ruchu dla sieci drogowej miasta,
- system gromadzenia i prezentacji informacji o utrudnieniach w ruchu i remontach i zarządzania meldunkami,
- system GIS jako podstawa do prezentacji danych o ruchu, sieci drogowej i urządzeniach”.

Wykonawca Sprint w załączniku nr 3a „Wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...)” wykazał:

- poz. 1 „Dostawa, budowa i uruchomienie systemu zarządzania ruchem drogowym” , miejsce wykonania - Pudong (dzielnica Szanghaj),
- poz. 2 „Dostawa i uruchomienie systemu zarządzania ruchem drogowym”, miejsce wykonania – Dublin (Irlandia).

Odwołujący UTI podniósł, iż usługa wskazana w pozycji 1 wykazu nie potwierdza, iż w skład zrealizowanego systemu wchodziły: „system gromadzenia i prezentacji informacji o zarządzaniu meldunkami oraz system GIS jako podstawa do prezentacji danych w urządzeniach oraz system nie współpracuje z systemem nadzoru transportu publicznego”.

Natomiast usługa z pozycji 2 wykazu nie potwierdza realizacji systemu, w skład którego wchodzi „system gromadzenia informacji o utrudnieniach w ruchu i remontach i zarządzaniu meldunkami oraz system GIS jako podstawa do prezentacji danych w urządzeniach oraz system nie współpracuje z systemem nadzoru transportu publicznego”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przed wszystkim Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, podał, iż za spełniającą udział w postępowaniu uznał usługę wskazaną w pozycji 2 wykazu, a więc usługę zrealizowaną dla miasta Dublina (Irlandia), nie uznając usługi wykonanej dla Pudong (dzielnica Szanghaj), przy czym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczyło wykazanie się jedną usługą spełniającą postawione wymogi. Tym samym dla stwierdzenia bezzasadności postawionego zarzutu wystarczającym jest uznanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez jedną ze wskazanych usług. A ponieważ Zamawiający uznał usługę wskazaną w pozycji 2 wykazu (Dublin – Irlandia) jako spełniającą postawiony przez niego warunek, a której uznanie Odwołujący UTI kwestionuje, przedmiotem rozpoznania przez Izbę jest przede wszystkim ta usługa. W jego ocenie (Odwołującego UTI) Zamawiający nie wykazał, iż zrealizowany dla miasta Dublina system faktycznie posiada „system gromadzenia informacji o utrudnieniach w ruchu i remontach i zarządzaniu meldunkami”. Swoje twierdzenia, opierając na wskazanych wybiórczo fragmentach treści załączonych do oferty referencji. Niemniej jednak system ten, wbrew twierdzeniom Odwołującego UTI, współpracuje z systemem nadzoru publicznego, o czym jednoznacznie świadczy chociażby

już jedno ze sformułowań zawartych w referencjach, które brzmi w sposób następujący „system wspomagający zarządzanie transportem publicznym z priorytetem dla transportu publicznego”. Zrealizowany dla miasta Dublina (Irlandia) system gromadzi także informacje o utrudnieniach w ruchu i remontach i zarządzaniu meldunkami oraz stanowi podstawę do prezentacji danych w urządzeniach, a wskazują na to m.in. „automatyczna detekcja zatorów/wypadków”, „telewizja (...) wspomagająca zarządzanie transportem”, „(...) system zarządzania miejskim ruchem drogowym (...) oraz detekcją pojazdów i pieszych”. Jednakże do tych treści Odwołujący UTI już się nie odniósł. Nie wskazał także dlaczego konkretne i jednoznaczne sformułowania zawarte w referencjach nie potwierdzają spełnienia tak postawionego warunku, jak również nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie prezentowanego stanowiska, ograniczając się do zacytowania postawionego wymogu i kwestionowanej treści referencji. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Qumak – dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (zarzut VI uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 9 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” pkt 9.1.3) zamieścił warunek, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje osobami, które posiadają następujące uprawnienia:

- a) Do części projektowej Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami które posiadają następujące uprawnienia do projektowania w specjalnościach: (...),
 - 1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, (...),
- b) Do części realizacyjnej Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami które posiadają następujące uprawnienia do kierowania robotami w specjalnościach: (...),
 - 2 osoby z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, (...).”

Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z rozdziałem 10 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, które muszą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, żądając złożenia oświadczenia (znajdującego się w Formularzu ofertowym), że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. Nadto, żądając złożenia „Wykazu osób posiadających uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych a budownictwie, które będą

uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień (załącznik nr 3e).

Jednocześnie Zamawiający zamieścił w SIWZ następujące postanowienie „Zamawiający określając wymogi dla każdej osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konferencji Szwajcarskiej (...)”.

Wykonawca Qumak w złożonym „Wykazie osób posiadających uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych a budownictwie, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień” (str. 83-85 oferty tego wykonawcy) wskazał m.in.:

- w pozycji 3 wykazu A) do części projektowej Pana Przemysława K, w kolumnie „Zakres i nr uprawnień” podając „Uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej UPR. Nr St -120/76”;
- w pozycji 5 wykazu B) do części realizacyjnej Pana Bogdana S, w kolumnie „Zakres i nr uprawnień” podając „Uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej UPR. Nr St -98/78”;

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z dnia 19 marca 1975 r., Nr 8, poz. 46 ze zmianami) wyodrębniło w działalności zawodowej, zgodnie z § 13 ust. 1, wskazane w nim specjalności techniczno – budowlane, w tym m.in. specjalność konstrukcyjno-budowlaną. W myśl tego rozporządzenia osoby legitymujące się wykształceniem wyższym w innych specjalnościach techniczno-budowlanych (innych niż wykształcenie architektoniczne) otrzymywały, przy spełnieniu wymaganych rozporządzeniem przesłanek, na podstawie § 13 ust. 2 - 5 w zw. z § 2 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia, uprawnienia „do sporządzania projektów obiektów konstrukcyjno - budowlanych i konstrukcyjno - inżynierskich, instalacji, sieci i urządzeń instalacyjno-inżynierskich i wodnomelioracyjnych” (Dzierżewicz Z., Uprawnienia budowlane wynikające z prawa budowlanego i przepisów wykonawczych w latach 1928-2003, Warszawa 2004). A ponieważ osoby, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r., Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.), które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, zachowują te uprawnienia w dotychczasowym zakresie (art. 104 ustawy) oznacza to więc, że wskazane przez wykonawcę Qumak osoby posiadają wymagane uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w

dotychczasowym zakresie, a więc takim jaka im została nadana wydaną wówczas decyzją. Istotnie w stanie prawnym obowiązującym w dacie nadawania im tychże uprawnień specjalność konstrukcyjno – budowlana, co jest bezsporne, nie obejmowała budowli hydrotechnicznych ani też obiektów budowlanych melioracji wodnych, niemniej jednak Zamawiający dopuścił, dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, za odpowiadające uznając uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, przy uwzględnieniu zakresu przedmiotu zamówienia, który nie obejmuje budowli hydrotechnicznych, jak i obiektów budowlanych melioracji wodnych. Posiadane uprawnienia miały obejmować określoną specjalność (konstrukcyjno-budowlaną) i taką specjalność wskazane przez wykonawcę Qumak osoby posiadają.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Sprint – dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zaniechania (zarzut VII uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

pkt 1.

Izba ustaliła, iż wykonawca Sprint w załączeniu do oferty złożył m.in.:

- zobowiązanie CKK Architekci Biuro Projektowe s.c. Anna K, Małgorzata O podpisane przez Panią Annę K,
- oświadczenie CKK Architekci Biuro Projektowe s.c. Anna K, Małgorzata O o braku podstaw do wykluczenia z postępowania podpisane przez Panią Annę K
- zobowiązanie SANOVA s.c. Paweł B, Stanisław H podpisane przez Pana Pawła B,
- oświadczenie SANOVA s.c. Paweł B, Stanisław H o braku podstaw do wykluczenia z postępowania podpisane przez Pana Pawła B.

Pismem z dnia 10 listopada 2011 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Sprint do uzupełnienia oferty m.in. o dokument, z którego wynika umocowanie do podpisu złożonych zobowiązań i oświadczeń przez:

- „firmę CKK Architekci Biuro Projektowe s.c. Anna K, Małgorzata O z Gdyni,
- firmę SANOVA s.c. Paweł B, Stanisław H z Gdańska”.

Wykonawca Sprint w załączeniu do pisma z dnia 18 listopada 2011 r. złożył m.in.:

- pełnomocnictwo, zgodnie z treścią którego, Pani Małgorzata O upoważnia „Panią Annę K do podpisania w imieniu CKK Architekci Biuro Projektowe zobowiązania o udostępnienie zasobów firmie Sprint S.A. na potrzeby wykonania przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...)”,

- pełnomocnictwo, zgodnie z treścią którego, Pan Stanisław H upoważnia „Pana Pawła B do podpisania w imieniu SANOVA s.c. zobowiązania o udostępnienie zasobów firmie Sprint S.A. na potrzeby wykonania przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...)”,

Odwołujący podniósł, iż z treści tych dokumentów nadal nie wynika zobowiązanie do złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wspólnikami spółki cywilnej mogą być wszystkie podmioty prawa cywilnego, a więc zarówno osoby prawne, jak i osoby fizyczne. Spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43¹ k.c., ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Za przedsiębiorców uważa się natomiast wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2 tej ustawy). Stosownie do art. 860 k.c., znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 ustawy Pzp, spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy także odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników.

Wobec powyższego jedyną formą udostępnienia wspólnika spółki cywilnej może być jego samodzielna decyzja i stosunek bezpośrednio łączący tę osobę z podmiotem na rzecz, którego osoba ta się udostępnia. Tak więc zobowiązany do złożenia wszystkich dokumentów jest ten wspólnik spółki cywilnej, który dokonuje udostępnienia swojej osoby. Dlatego też obowiązki temu czynią zadość oświadczenia złożone przez Panią Annę K (s. 90-91 oferty) oraz Pana Pawła B (s. 96-97 oferty). Udział tych osób w spółce cywilnej – jak słusznie podniósł Zamawiający – nie eliminuje bowiem ich uprawnień do samodzielnego występowania na rynku. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

pkt 2.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 9 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” pkt 9.1.3) zamieścił warunek, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje osobami, które posiadają następujące uprawnienia:

- b) Do części realizacyjnej Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami które posiadają następujące uprawnienia do kierowania robotami w specjalnościach: (...),

- 1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (...)

Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z rozdziałem 10 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, które muszą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, żądając złożenia oświadczenia (znajdującego się w Formularzu ofertowym), że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. Nadto, żądając złożenia „Wykazu osób posiadających uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych a budownictwie, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień” (załącznik nr 3e).

Jednocześnie Zamawiający zamieścił w SIWZ następujące postanowienie „Zamawiający określając wymogi dla każdej osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konferencji Szwajcarskiej (...)

Wykonawca Sprint w złożonym „Wykazie osób posiadających uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych a budownictwie, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień” (str. 84-86 oferty tego wykonawcy) wskazał m.in.:

- w pozycji 7 wykazu B) do części realizacyjnej Pana Leszka Stefana C, w kolumnie „Zakres i nr uprawnień”, podając „Uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych upr. Nr 145/69”;

Odwołujący podniósł, iż uprawnienia Pana Leszka Stefana C nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Przewodniczącego Komitetu Budownictwa, Urbanistyki i Architektury z dnia 10 września 1962 r. w sprawie kwalifikacji fachowych osób wykonujących funkcje techniczne w budownictwie powszechnym (Dz. U. z 1962 r., Nr 53, poz. 266 z późn. zm.) nie zawierały w swym zakresie „sieci elektrycznych”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż pierwotnie w specjalności elektrycznej nadawane były uprawnienia budowlane wyłącznie do instalacji, przy czym pod pojęciem tym mieściły się obok instalacji, dopisane w 1988 r. do rozporządzenia, sieci elektryczne. Zmieniło się więc nazewnictwo, natomiast nie zmienił się zakres. Nie dodano bowiem nowej specjalności uprawnień, a wprowadzono jedynie nowe brzmienie tego przepisu (§ 13 rozporządzenia). To

zakres praktyki zawodowej, udokumentowanej przez osobę ubiegającą się o nadanie uprawnień budowlanych decydował o tym, czy uprawnienia obejmują instalacje, sieci, czy łącznie instalacje i sieci elektryczne. Jeśli więc w decyzji o stwierdzeniu posiadania przygotowania zawodowego nie zawarto ograniczenia zakresu uprawnień wynikającego z zakresu odbytej praktyki zawodowej, w przypadku osób z wykształceniem wyższym uprawnienia obejmują pełny zakres specjalności w brzmieniu określonym po zmianie przepisów (zmianie wprowadzonej w 1988 r.). A ponieważ – zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r., Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.) - „osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie” oznacza to, że uprawnienia w specjalności elektrycznej bez ograniczeń wydane na mocy wcześniejszych przepisów obejmują pełen zakres danej specjalności. Dlatego też należy uznać, iż podnoszony zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy Qumak i wykonawcy Sprint na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut VIII uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający, pismem z dnia 10 października 2010 r., odpowiadając na pytanie nr 441, podał „Zamawiający informuje, że w zakresie etapu III realizacji robót dla obszaru Gdańska nie występują znaki zmiennej treści (ZZT). Zamawiający modyfikuje treść załącznika 1d do SIWZ „Tabela Elementów, Zbiorcze Zestawienie składników Ceny Oferty dla Miasta Gdańska” w ten sposób, że usuwa pozycję II.13 „Budowa znaków zmiennej treści ZZT”.

Wykonawca Qumak w załączniku 1d do SIWZ „II.Etap III” umieścił pozycję „II.13 Budowa znaków zmiennej treści ZZT”, wyceniając tę pozycję ją na kwotę 178.653,24 zł.

Wykonawca Sprint w załączniku 1d do SIWZ „II.Etap III” nie umieścił pozycji „II.13 Budowa znaków zmiennej treści ZZT”.

Odwołujący UTI podniósł, iż wprowadzona przez Zamawiającego zmiana była istotna. Stanowi integralną część oferty, a ponieważ wykonawca Qumak i wykonawca Sprint tej modyfikacji w swych ofertach nie uwzględnili to oferty tych wykonawców powinny zostać odrzucone z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, w rozdziale 18 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” podał, iż „cena oferty stanowić będzie ryczałtowe i ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia (...)”. W świetle powyższego wykonawca, składając ofertę, zobowiązał się do wykonania całości opisanego w rozdziale 3 SIWZ przedmiotu zamówienia

za określoną i niezmienną cenę ryczałtową, w ramach której miał przyjąć i uwzględnić wszelkie okoliczności i koszty niezbędne do wykonania zamówienia (pkt 18.9. SIWZ). Przedmiar robót dołączony do SIWZ miał charakter informacyjny, a załączniki nr 1a, 1b, 1c i 1d do formularza oferty stanowiły jedynie bazę do wyliczenia ceny oferty. Istotę sporu stanowi pozycja II.13 załącznika nr 1d „Budowa znaków zmiennej treści ZZT”, którą to pozycję, wbrew twierdzeniom Odwołującego UTI, wykonawca Sprint usunął – zgodnie z wprowadzoną modyfikacją - z treści załącznika 1d (etap III pozycja II.13). Natomiast znajduje się ona nadal w treści załącznika 1d złożonego przez wykonawcę Qumak. Wprowadzenie tej zmiany nie miało jednak – jak podnosił to Zamawiający na rozprawie - wpływu na zmianę ceny oferty ani też zmianę zakresu czynności wykonawcy, gdyż etapy III i IV są realizowane równolegle, a tym samym roboty wskazane w etapie III nadal będą wykonywane a jedynie ich rozliczenie będzie miało miejsce w etapie IV. Załącznik ten miał jedynie charakter pomocniczy i służył wyliczeniu ceny oferty. Zmiana ta (pozycji II.13), z punktu widzenia jej istotności, jak słusznie podnosił wykonawca Qumak, jest faktycznie nieistotna. Wartość tej pozycji wynosi bowiem 178.653,24 zł (wartość oferty wykonawcy Qumka 133.762.500,00 zł), a cena jest ceną ryczałtową. Jej ewentualne poprawienie (usunięcie tej pozycji) nie ma wpływu na wynik postępowania, oferta wykonawcy Qumak, po dokonaniu takiej czynności, byłaby nadal ofertą najkorzystniejsza. A ponadto Zamawiający w SIWZ przyjął, że za prawidłowo podaną uznaje cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia oznacza bowiem, że wykonawca bez względu na wycenione pozycje, zobowiązany jest wykonać całość przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie ofertowej. Dlatego też należało uznać, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Qumak i wykonawcy Sprint nie potwierdził się.

Zarzut ujawnienia dokumentów zastrzeżonych w ofercie Odwołującego UTI jako tajemnica przedsiębiorstwa (zarzut IX uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Odwołujący UTI zastrzegł w swojej ofercie „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (załącznik nr 3c) (str. 235-237), „Wykaz osób posiadających uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (załącznik nr 3e) (str. 238-240), „zobowiązanie (załącznik nr 3d) (str. 241-251 oferty),

Zamawiający w toku badania ofert odtajnił zastrzeżone jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa części oferty czterech wykonawców, w tym Odwołującego UTI, stwierdzając m.in., iż zastrzeżenia nie dotyczą informacji o charakterze technologicznym, organizacyjnym, nadto stwierdzając, że charakter zamówienia, a więc również żądanego od wykonawców doświadczenia dotyczy doświadczenia zdobytego w zamówieniach realizowanych na

zlecenie podmiotów publicznych (protokół Komisji Przetargowej z dnia 25 października 2011 r.).

Odwołujący UTI zarzucił Zamawiającemu, iż ujawnił zastrzeżone przez niego informacje pozostałym uczestnikom postępowania bez wzywania go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, naruszając tym samym treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Odwołujący UTI utajnił część złożonej oferty, jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezspornym jest także, że Zamawiający odtajnił zastrzeżoną część oferty Odwołującego UTI, nie wzywając go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, jak również nie informując go tym fakcie (odtajnienia zastrzeżonej części oferty).

Niewątpliwym jest, iż obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje bowiem Zamawiającego do zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na obowiązek ten wskazał także Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku w (III CZP 74/05). Dopiero bowiem w przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie jest bezpodstawne Zamawiający ma obowiązek odtajnić zastrzeżone dokumenty i udostępnić jako informacje jawne. Tak więc Zamawiający zobowiązany był takie działania podjąć i faktycznie je podjął, badając skuteczność poczynionego przez Odwołującego UTI zastrzeżenia, przy czym, co Strony przyznały także podczas rozprawy, Zamawiający w toku wyjaśnień zasadności zastrzeżenia części oferty Odwołującego UTI nie wystąpił do tego wykonawcy z prośbą o wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia określonych informacji, przyjmując samodzielnie, iż nie mogą one być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej jednak z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika obowiązek wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę. Istotnie utrwaliła się praktyka wzywania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień. Trudno jednak czynić Zamawiającemu zarzut z tego powodu skoro przepisy ustawy, w tym przypadku, takiego obowiązku na Zamawiającego nie nakładają. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

Sygn. akt KIO 2662/11

Zarzut niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Qumak, tj. warunku z punktu 9.1.2 SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 9.1 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” postawił warunek, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki art. 22 ust. 1 tj.: 2) posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonał lub wykonuje co najmniej jedno zamówienie, polegające na wykonywaniu usługi utrzymania sygnalizacji świetlnych dla minimum 70 sygnalizacji w jednym mieście przez okres nie krótszy niż 2 lata”.

Wykonawca Qumak w załączniku „Wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...)” wskazał:

- w poz. 1 „Usługę utrzymania Stanowiska Centralnego Systemu Zarządzania Ruchem Ulicznym w Cannes – utrzymanie sygnalizacji świetlnych, 3 letni okres wykonywania usługi”, miejsce wykonania Cannes, data wykonania zamówienia – 06.2009 – 2011 (do chwili obecnej),
- poz. 2 „Usługę utrzymania Stanowiska Centralnego Systemu Zarządzania Ruchem Ulicznym w Tuluzie – utrzymanie sygnalizacji świetlnych, 4 letni okres wykonywania usługi”, miejsce wykonania Tuluz, data wykonania zamówienia – 2008 – 2011.

Pismem z dnia 9 listopada 2011 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Qumak m.in. „do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu usług jakie firma SPIE Sud Est wykonała w ramach realizacji zadania dla miasta Tuluz pt. „Konserwacja oprogramowania PC CAPITOUL”, co potwierdza referencja wydana przez Wspólnotę Wielka Tuluz – Dyrekcja Zarządzania Infrastrukturą Wydział Zarządzania Ruchem w dniu 30.06.2011 r. Proszę o wyjaśnienie czy w zakresie prac realizowanych przez firmę SPIE Sud Est było utrzymanie sygnalizacji świetlnych w liczbie co najmniej 70”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Qumak, pismem z dnia 18 listopada 2011 r. wskazał, iż podwykonawca firma SPIE Sud Est „w ramach realizacji zadania dla miasta Tuluz pn. „konserwacja oprogramowania PC CAPITOUL” w zakresie prac realizowanych przez SPIE Sud Est było utrzymanie sygnalizacji świetlnych w liczbie powyżej 70 (referencja wydana przez Wspólnotę Wielka Tuluz – Dyrekcja Zarządzania Infrastrukturą Wydział Zarządzania Ruchem w dniu 30.06.2011r.)”, załączając do złożonych wyjaśnień oświadczenie firmy w SPIE Sud Est z dnia 15 listopada 2011 r., w treści którego firma ta oświadcza, iż „potwierdza, że (...) w ramach realizacji zadania dla miasta Tuluz pn. „konserwacja oprogramowania PC CAPITOUL” w zakresie prac realizowanych przez SPIE Sud Est było utrzymanie sygnalizacji świetlnych w liczbie powyżej 70 (referencja wydana przez Wspólnotę Wielka Tuluz – Dyrekcja Zarządzania Infrastrukturą Wydział Zarządzania Ruchem w dniu 30.06.2011r.)”.

Odwołujący Sprint podniósł, iż usługa wskazana w pozycji 2 wykazu (Tuluza) dotyczyła konserwacji oprogramowania PC Capitoul, a nie usługi utrzymania sygnalizacji świetlnych.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, stwierdził, iż za spełniającą warunek udziału w postępowaniu uznał robotę wskazaną w pozycji 2 wykazu, a więc robotę realizowaną dla miasta Tuluza.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Jak wynika z treści referencji przedłożonych w załączeniu do oferty (s. 74) firma SPIE Południowy Wschód zrealizowała świadczenie o nazwie „Konserwacja oprogramowania PC CAPITOUL”, a usługa ta była realizowana w latach „2008-2009-2010-2011” i obejmowała usługę konserwacji prewencyjnej, korekcyjnej i ewolucyjnej systemu regulacji ruchu. Wykonawca Qumak, w przedłożonym „Wykazie (...)” (s. 61) , opisując zakres rzeczowy przedmiotowej usługi podał, iż zakres ten obejmował „utrzymanie sygnalizacji świetlnych”. Zakres ten (wymagany przez Zamawiającego) potwierdziła także w złożonym oświadczeniu firma SPIE Sud Est – wykonawca kwestionowanej usługi. Tak więc z oświadczeń tych, jak również złożonych dokumentów wynika, iż w ramach przedmiotowej realizacji firma SPIE Sud Est zrealizowała prace polegające na utrzymaniu sygnalizacji świetlnych. Okoliczność tę potwierdziło także oświadczenie Wielkiej Wspólnoty Tuluzy przedłożone przez wykonawcę Qumak w załączeniu do przystąpienia do przedmiotowego postępowania. Kwestionowana przez Odwołującego Sprint data zawarta w tym oświadczeniu nie pozostaje w sprzeczności z pozostałymi oświadczeniami, gdyż obejmuje lata wskazanego zamówienia. Oświadczenie to wskazuje więc, iż w ramach realizacji zadania dla Tuluzy było świadczone usługi utrzymania sygnalizatorów świetlnych. Natomiast z dokumentacji przedłożonej przez Odwołującego Sprint także wynika, iż faktycznie wszczęte było postępowania pn. „Konserwacja oprogramowania PC CAPITOUL”, jak również, iż realizowane było ono w latach wskazanych przez wykonawcę Qumak w złożonym wraz z ofertą wykazie. Kwestią sporną stanowił zaś zakres zrealizowanych usług. Z dokumentacji przedłożonej przez Odwołującego Sprint wynika jednak, wbrew jego twierdzeniom, iż realizowana usługa to nie tylko sama usługa informatyczna ale także usługa obejmująca wymagany przez obecnego Zamawiającego zakres. Przykładowo na stronie 3 „Szczegółowej specyfikacji technicznej (CCTP)” znajdują się informacje wskazujące na to, iż realizacja zadań obejmować będzie także „zespół urządzeń używanych przez systemy, jak sieci lokalne, w których urządzenia są zainstalowane”, a „realizowana umowa konserwacji ma na celu zapewnienie konserwacji urządzeń używanych przez system CAPITOUL II (...). Ta umowa dotyczy konserwacji sprzętowej i zawiera pomoc (...) w zarządzaniu systemami eksploatacyjnymi.”. W treści tych dokumentów znajduje się również zapis wskazujący na konieczność podłączenia określonych sygnalizatorów do całego systemu (np. na skutek nowej linii tramwajowej).

Oznacza to więc, iż usługa polegająca na utrzymaniu sygnalizacji świetlnych mieściła się w zakresie realizowanego zamówienia dla miasta Tuluza.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Qumak w zakresie usługi wskazanej w pozycji 1 wykazu (Cannes) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Qumak w załączonym do oferty „Wykazie usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat (...) po pozycja 1 wskazał „Usługa utrzymania Stanowiska Centralnego Systemu Zarządzania Ruchem Ulicznym w Cannes – utrzymanie sygnalizacji świetlnych 3 letni okres wykonywania usługi”, jako miejsce jej wykonania lub wykonywania wskazując „Cannes”.

Pismem z dnia 9 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Qumak „zakresu usług jakie firma SPIE Sud – Est wykonała w ramach realizacji zadania dla miasta Cannes pt. „Prewencyjna, naprawcza i ewolucyjna konserwacja systemu regulacji ruchu”, co potwierdza referencja wydana przez Miasto Cannes (...). (...) czy w zakresie prac realizowanych przez firmę SPIE Sud – Est było utrzymanie sygnalizacji świetlnych w liczbie co najmniej 70?”

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Qumak, pismem z dnia 18 listopada 2011 r., podał iż „w ramach realizacji zadania dla miasta Cannes pn. „Prewencyjna, naprawcza i ewolucyjna konserwacja systemu regulacji ruchu” w zakresie prac realizowanych przez SPIE Sud –Est było utrzymanie systemu zarządzania sygnalizacji świetlnych w liczbie powyżej 70 (...)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, jak również wykazania, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje to bowiem informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę oświadczeniach i innych dokumentach, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, a tym samym odbiegają od rzeczywistości. W niniejszym stanie faktycznym nie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Istotnie wykonawca Qumak podał w wykazie usługę wykonaną na rzecz miasta Cannes, dołączając referencje firmy SPIE Sud – Est, w treści których podano nazwę tej realizacji. Niemniej jednak, w wyniku składanych wyjaśnień, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości ustalono (otrzymując stosowne wyjaśnienia), iż przedmiotem usługi o nazwie wskazanej w referencjach było „utrzymanie systemu zarządzania sygnalizacji świetlnych”, a nie „utrzymanie sygnalizacji świetlnych” i oświadczenia takiej właśnie treści przez tego wykonawcę były składane. Wykonawca Qumak podniósł na rozprawie, iż zawsze potwierdzała, że czynności wykonywane dla miasta Cannes, a wykazane w pozycji 1

wykazu, dotyczyły konserwacji systemu zarządzania. Złożenia nieprawdziwych informacji nie można natomiast wywodzić z treści przystąpienia wykonawcy Qumak do postępowania odwoławczego, a tym bardziej złożonego w jego treści oświadczenia, iż „Qumak-Sekom S.A. podtrzymuje wszystkie swojej dotychczasowe wyjaśnienia do oferty oraz ponownie oświadcza, że spełnia wymagania Zamawiającego i legitymuje się wymaganym przez niego w SIWZ doświadczeniem”. Okoliczność podtrzymania dotychczasowych wyjaśnień i oświadczeń, wbrew stanowisku Odwołującego Sprint, nie przesądza o nieprawdziwości złożonych informacji. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący Sprint cofnął na rozprawie pozostałe zarzuty kierowana pod adresem oferty wykonawcy Qumak.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty złożone przez Odwołującego Sprint do akt sprawy, uznając ów dokument za stanowisko Strony go składającej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 000,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: