

Sygn. akt KIO 2470/10

**WYROK**  
**z dnia 26 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RESTAL Sp. z o. o., 45 – 838 Opole, ul. Żerkowicka 1A**, od czynności Zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, 90 – 113 Łódź, ul. Sienkiewicza 3**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TRAX Elektronik A. Moryc, M. Tomecki, L. Turczyński Sp. j. (pełnomocnik; 31 – 352 Kraków, ul. Ks. Truskowskiego 54) oraz Cichon Automatisierungstechnik GmbH z siedzibą w Niemczech**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **RESTAL Sp. z o. o., 45 – 838 Opole, ul. Żerkowicka 1A** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **RESTAL Sp. z o. o., 45 – 838 Opole, ul. Żerkowicka 1A;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **RESTAL Sp. z o. o., 45 – 838 Opole, ul. Żerkowicka 1A** na rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi, 90 – 113 Łódź, ul. Sienkiewicza 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

I. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Inteligentne systemy transportu - monitorowanie obciążenia dróg” w ramach zadania inwestycyjnego pn: „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego w ciągu dróg wojewódzkich”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 28 sierpnia 2010 r., poz. 2010/S 166-254888 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 12.11.2010 r. RESTAL Sp. z o. o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie: art. 7. ust. 1 oraz ust. 3, art. 24. ust 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 oraz ust. 4, art. 44, art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TRAX Elektronik A. Moryc, M. Tomecki, L. Turczyński Sp. j. (pełnomocnik; 31 – 352 Kraków, ul. Ks. Truszkowskiego 54) oraz Cichon Automatisierungstechnik GmbH z siedzibą w Niemczech, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

1. W ofercie Przystępującego brak jest wymaganych dokumentów tj. bilansu, rachunku zysków i strat oraz opinii biegłego rewidenta z firmy Cichon Automatisierungstechnik GmbH. Odwołujący podniósł, że w trakcie badania i oceny ofert Zamawiający nie zwrócił się o uzupełnienie dokumentów.
2. Uczestnik Konsorcjum Przystępującego, wykonawca Cichon Automatisierungstechnik GmbH nie złożyła informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 Prawa zamówień publicznych, a Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert nie zwrócił się do Konsorcjum firm o uzupełnienie tychże dokumentów.

3. Przystępujący wskazał, że będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu firmy CAT Traffic Sp. z o.o. natomiast nie załączono aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy dla jednego z członków zarządu, a Zamawiający nie zwrócił się z wezwaniem o uzupełnienie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Prawa zamówień publicznych.

4. Zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ pkt. 7.2. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia „pisemnego zobowiązania tych podmiotów do zrealizowania części zamówienia zawierające zakres czynności, które te podmioty zobowiązują się wykonać”, czego Przystępujący nie dokonał, a Zamawiający nie zwrócił się o uzupełnienie brakującego zobowiązania.

Odwołujący zauważył, że wobec powyższego referencje podmiotu trzeciego nie mogą być brane pod uwagę w ocenie spełnienia wymagań w zakresie doświadczenia, wobec czego Przystępujący, jako że uczestnicy Konsorcjum nie spełniają samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, powinni być wykluczeni z postępowania.

5. Zamawiający wzywał Przystępującego dwukrotnie do uzupełnienia dokumentów dotyczących doświadczenia kadrowego, co jest niedopuszczalne, a i tak Przystępujący nie uzupełnił dokumentów we właściwy sposób, zatem podlega wykluczeniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie, chociaż co do większości zarzutów uzasadnione, nie może zostać uwzględnione ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a to dlatego, że uwzględnienie słusznie podniesionych zarzutów nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W zakresie zarzutu dotyczącego dwukrotnego wzywania do uzupełnienia tych samych dokumentów.

Pismem z dnia 11.10.2010 r. skierowanym do Przystępującego z powołaniem się na art. 26 ust 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający zwrócił się o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub do złożenia wyjaśnień dotyczących między innymi załącznika 2a do oferty w odniesieniu do osób przewidzianych na stanowiska Kierownika Projektu i Głównego Projektanta w zakresie potwierdzenia, które z wymienionych, przypisanych danej osobie zadań, zostało „zakończonych i wdrożonych” oraz do uzupełnienia załącznika nr 2.

Przystępujący w dniu 19.10.2010 r. przedłożył pismo, w którym w części opisowej wskazał, że zadania zostały „zakończonych”. Natomiast uzupełnionym załączniku nr 2 w tabeli wskazał, iż projekty zostały „zakończonych i wdrożonych”, a w załączniku nr 2a wskazano stadium: „zadanie zakończone”.

Zamawiający pismem z dnia 27.10.2010r. z powołaniem się na art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wezwał Wykonawcę do potwierdzenia, które, z wymienionych jako prace spełniające warunek wymaganego doświadczenia, przypisanych danej osobie zadań, zostało „wdrożonych”, co następnie Przystępujący wyjaśnił w piśmie (podano „zadanie zakończone i wdrożonych”), do którego nie załączył jednak nowych załączników o prawidłowej treści.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia braków w dokumentach załączonych do oferty. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że nie można wzywać wykonawcy kilkakrotnie (tzn. więcej, niż jeden raz) do uzupełnienia wciąż tego samego dokumentu - „do skutku”. Niemniej jednak nie oznacza to, że Zamawiając nie ma prawa wyjaśniać już uzupełnionego dokumentu, jeżeli ma co do niego wątpliwości – przeciwnie, Zamawiający powinien jednoznacznie ustalić, czy istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy, a więc czy nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu.

Dla ustalenia, czy doszło do naruszenia Prawa zamówień publicznych (wielokrotne wzywanie tego samego wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu naruszałoby art. 7 Prawa zamówień publicznych), nie ma znaczenia przywołana przez Zamawiającego w piśmie podstawa wezwania, a treść wezwania. W toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający najpierw jako podstawę wezwania podał art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, a następnie – art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że dwukrotne wskazanie jako podstawy wezwania art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie może niweczyć celu, dla którego wezwanie zostało wystosowane do Przystępującego: po złożeniu ofert Zamawiający, wobec braku informacji w dokumentach załączonych do oferty Przystępującego, powziął wątpliwość, czy projekty wykonane przez

osoby przewidziane do realizacji zamówienia, osiągnęły stadium „zakończone i wdrożone” (w ofercie podano tylko informację, że zostały „zakończone”). Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedłożył nowe załączniki (załącznik nr 2 po raz pierwszy, załącznik nr 2a o poszerzonej treści w stosunku do załączonego do oferty), z których jeden wskazywał, że projekty zostały „zakończone”, drugi że „zakończone i wdrożone”). Ponieważ oba załączniki opisywały to samo doświadczenie tych samych osób, jednak na różnym stopniu szczegółowości, Zamawiający chciał się upewnić, czy projekty osiągnęły stadium „wdrożenia” i otrzymał w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień odpowiedź twierdzącą.

Na potwierdzenie pełnego stadium kończącego dane zadanie – tj. „zakończenia i wdrożenia” – Zamawiający w SIWZ i ogłoszeniu nie wymagał żadnego szczególnego dokumentu, a jedynie oświadczenia wykonawcy, zatem złożone oświadczenie Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w kontekście treści złożonych wcześniej załączników, było w ocenie Izby wystarczające – zbędne było oczekiwanie (jak postulował Odwołujący) złożenia nowych załączników o treści poszerzonej o użycie sformułowania „stadium wdrożone”.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

2. W zakresie zarzutów 1-4 odwołania (punkty 1-4 części I niniejszego uzasadnienia), wskazujących na braki w dokumentach załączonych do oferty Przystępującego, Izba ustaliła, iż Zamawiający, już po wniesieniu odwołania, zwrócił się do Przystępującego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Przystępujący dokumenty skutecznie uzupełnił (w pełnym zakresie, o którym mowa w punktach 1-4, co – poza zagadnieniem „wskaźnika płynności” - nie było sporne) niemniej jednak Strony na rozprawie przypisywały tej okoliczności różne skutki prawne.

Odnosząc się do oświadczenia w zakresie wskaźnika płynności finansowej, Izba uznała, że skoro Zamawiający nie wskazał szczegółowo danych, jakie należałoby podać w celu potwierdzenia wymaganego wskaźnika, oświadczenie Przystępującego w tym zakresie było prawidłowe.

Odwołujący twierdził, że de facto wezwanie przez Zamawiającego Przystępującego do uzupełnienia dokumentów jest przyznaniem słuszności zarzutom podniesionym w odwołaniu, a więc jest to uznanie odwołania.

Zamawiający natomiast wskazywał, że skoro w odwołaniu zostały podniesione zarzuty wobec Przystępującego, Zamawiający miał obowiązek sprawdzić, czy są one zasadne – a sprawdzenia tego dokonał poprzez wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów. Zamawiający dalej argumentował, że gdyby wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie

zakończyłoby się sukcesem – tzn. Przystępujący nie uzupełniłby dokumentów w wyznaczonym terminie, to wówczas Zamawiający uznałby, że Przystępujący podlega wykluczeniu i uwzględniłby zarzuty od 1 do 4 odwołania. Skoro dokumenty zostały uzupełnione we właściwy sposób, nie było w ocenie Zamawiającego podstaw do uwzględnienia zarzutów, bowiem po uzupełnieniu dokumentów okazało się, że ostatecznie Przystępujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania, a zatem dokonany już wybór oferty najkorzystniejszej był prawidłowy – tym samym wniesienie odwołania nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego już samo uznanie przez Zamawiającego, że w ofercie Przystępującego brak dokumentów, odwołania powinno skutkować uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Oceniając tak ustalone okoliczności w sprawie Izba uznała, że gdyby odwołanie zawierało wyłącznie zarzuty, o których mowa w pkt od 1 do 4 uzasadnienia odwołania, musiałyby one zostać oddalone na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający samodzielnie - niejako wyprzedzając ewentualne orzeczenie Izby nakazujące powtórzenie badania i oceny ofert z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (zarzuty podniesione w pkt od 1 do 4 skutkowałyby wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, a nie automatycznym wykluczeniem Przystępującego z postępowania) – zweryfikował przesłanki nie tylko odnośnie zasadności wezwania do uzupełnienia, ale co do ewentualnego wykluczenia.

W takich okolicznościach bezcelowe byłoby uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert po ponownym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Reasumując, zarzut dotyczący naruszenia art. 7 w związku ze złożeniem wyjaśnień przez Przystępującego odnośnie stadium wykonanych projektów Izba uznała za nieuzasadniony, a pozostałe zarzuty nie mogą być uwzględnione ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....