

Sygn. akt: KIO/UZP 2544/10

WYROK

z dnia 30 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Bogdan Artymowicz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **MAW Telecom International S.A., ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa oraz Frequentis AG Innovationsstrasse 1, 1100 Wiedeń, Austria** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrzenia Sił Zbrojnych, Al. Niepodległości 218, 01-911 Warszawa** protestu wniesionego przez **Comsoft GmbH Wachhausstr. 5a, 76227 Karlsruhe Niemcy** w dniu **04.11.2010 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrzenia Sił Zbrojnych, Al. Niepodległości 218, 01-911 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **MAW Telecom International S.A., ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa oraz Frequentis AG Innovationsstrasse 1, 1100 Wiedeń, Austria,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote i zero groszy) przez **Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrzenia Sił Zbrojnych, Al. Niepodległości 218, 01-911 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **MAW Telecom International S.A., ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa oraz Frequentis AG Innovationsstrasse 1, 1100 Wiedeń, Austria** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 566 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **MAW Telecom International S.A., ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa oraz Frequentis AG Innovationsstrasse 1, 1100 Wiedeń, Austria.**

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

Zamawiający – Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrzenia Sił Zbrojnych, Al. Niepodległości 218, 01-911 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. "Dostawa systemu informatycznego dla Służby Ruchu Lotniczego SZ RP".

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 26.08.2009 r. opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej.

Przekazanie do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nastąpiło dnia 26.08.2009 r. Ogłoszenia zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 27.08.2009 r. pod numerem ogłoszenia 2009/S 164-237832.

W dniu **22.10.2010 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Konsorcjum: MAW Telecom International S.A. oraz Frequentis AG.

Pismem z dnia **04.11.2010 r.** wykonawca Comsoft GmbH Wachhausstr. 5a, 76227 Karlsruhe Niemcy wniósł protest dotyczący następujących czynności oraz zaniechań Zamawiającego:

- zaniechania wezwania konsorcjum firm MAW Telecom International S.A., ul. Chocłmska 14, 00-791 Warszawa i Frequentis AG do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum warunków do wykonania kontraktu zawieranego w niniejszym postępowaniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 22 ust.1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp pomimo tego, że oferta Konsorcjum nie odpowiadała treści SIWZ;
- udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, wbrew art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Protestujący wskazał, że w związku z tym, że jego interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, wniósł on o:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenie Konsorcjum z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
- odrzucenie oferty Konsorcjum;
- alternatywnie o wezwanie Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum warunków do wykonania kontraktu zawieranego w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dokumentów wskazanych w dalszej części Protestu;

- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, że zgodnie z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 października 2010 r., doręczonego Protestującemu w dniu 25 października 2010 r., Protestujący został oficjalnie powiadomiony przez Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: MAW Telecom International S.A. oraz Frequentis AG oraz przyznanej klasyfikacji ofert. Zgodnie z kryteriami oceny, w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta Protestującego została uznana za drugą w kolejności ofertę, zaraz za ofertą Konsorcjum: MAW Telecom International S.A. oraz Frequentis AG. Mając na względzie, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę ww. Konsorcjum Protestujący wskazał, że jego interes prawny został naruszony.

Wskazał, że protest jest uzasadniony z uwagi na fakt, że formularz techniczno-cenowy (Załącznik nr 2) oferty Konsorcjum zawiera niekompletne informacje w rozdziale 10, Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie sprzętu i oprogramowania. Protestujący stwierdził powyższe braki w wyniku analizy dokumentacji po dostarczeniu mu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i dokonaniu wglądu do oferty Konsorcjum.

1. Protestujący podniósł, że tabela Specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie sprzętu i oprogramowania zobowiązywała wykonawcę do złożenia odpowiedzi w postaci przedłożenia technicznej specyfikacji w zakresie każdego wymagania Zamawiającego w dokumencie Załącznik nr 1 do SIWZ - wymagania techniczne. Konsorcjum ustosunkowało się wyłącznie do niewielkiej części wymagań (patrz Załącznik nr 1 do SIWZ - wymagania techniczne, tabela 1- 11). Do pozostałych wymagań z Załącznika nr 1 do SIWZ - wymagania techniczne, Konsorcjum nie odniosło się.

W związku z tym, w ocenie Protestującego, oferta Konsorcjum spełnia tylko niewielką część wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ - wymagania techniczne. Dlatego Formularz techniczno-cenowy (Załącznik nr 2) uzupełniony przez Konsorcjum powinien zostać określony jako niekompletny i z tej przyczyny nieważny.

2. Kolejną okolicznością uzasadniającą, zdaniem Protestującego, wniesienie protestu jest to, że oferta Konsorcjum nie spełnia następującego istotnego wymagania określonego w dokumentacji przetargu, tj. w dokumencie: USZCZEGÓLOWIONA SPECYFIKACJA SYSTEMU INFORMATYCZNEGO DLA SŁUŻBY RUCHU LOTNICZEGO SZ RP: IV. WYMAGANIA TECHNICZNO - FUNKCJONALNE 1. WYMAGANIA OGÓLNE 1.2. System AMHS musi zapewniać najwyższą niezawodność, sprawność oraz jakość obsługi depesz ATS sprawdzona w środowisku operacyjnym służb ruchu lotniczego. Jednocześnie system

AMHS musi być skonstruowany i wykonany przy użyciu najnowszych osiągnięć technicznych.

W ocenie Protestującego powyższy wymóg wyraźnie i jednoznacznie określa, że oferowany system AMHS musi cechować się sprawnością wypróbowaną w środowisku operacyjnym służb ruchu lotniczego. Wymóg ten oznacza, że oferowany serwis AMHS musi być właściwie wykorzystywany przez służby nawigacji lotniczej, na podstawie czego można dowiedzieć jego praktycznej sprawności operacyjnej oraz kompatybilności wszystkich jego komponentów, zgodnie z kryteriami Zamawiającego, tj. system AMHS łącznie z terminalami Agenta Użytkownika AMHS. W wyniku analizy dokumentacji ofertowej, po dostarczeniu Protestującemu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i dokonaniu wglądu do oferty Konsorcjum, Protestujący ustalił, że Konsorcjum złożyło Zamawiającemu listy referencyjne trzech klientów AMHS, którzy rzekomo używają tych samych systemów, które są wymagane przez Zamawiającego:

1. Naviar, Dania;
2. Finavia, Finlandia;
3. LGS. Łotwa.

Protestujący wskazał, że list referencyjny Naviar, Dania wyraźnie wskazuje, że podmiot ten nie korzysta obecnie z systemu AMHS, a jedynie otrzyma modernizację AMHS w 2011 r. Dlatego, zdaniem Protestującego, te referencje są nieważne i Konsorcjum powinno być zostać co najmniej zobowiązane do złożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających jego zdolność do wypełnienia warunków przetargu.

Podniósł ponadto, że list referencyjny LGS, Łotwa potwierdza korzystanie przez ten podmiot z systemu AMSS (*Aeronautical Message Switch System*), zaś nie systemu AMHS. Konsekwentnie, te referencje również nie mogą zostać uznane za ważne, zaś Konsorcjum także w tym przypadku powinno być zostać co najmniej zobowiązane do złożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających jego zdolność do wypełnienia warunków przetargu.

W odniesieniu do następującego zapisu zawartego w liście referencyjnym Finavia: „Dodatkowo, do istniejących usług, łączność AMHS oraz możliwość odbioru SADIS 2G zostały zawarte w kontrakcie” wskazał, że to oświadczenie jest całkowicie nieprecyzyjne i nie potwierdza wypełnienia wyżej wspomnianego wymagania Zamawiającego. W opinii Protestującego ponownie, Konsorcjum powinno być przynajmniej zobowiązane do złożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających jego zdolność do wypełnienia celu przetargu.

Protestujący poinformował, że dokonał dalszego badania w zakresie zastosowania systemu AMHS w Finlandii i ustalił, że:

- Finavia zainstalowała rozszerzenie AMHS dostarczone przez Konsorcjum, jednakże rozpocznie właściwe korzystanie z serwisu AMHS dopiero w 2011 r; tym samym, Finavia nie korzysta z AMHS;
- Finavia nie korzysta z terminali Agenta Użytkownika AMHS dostarczonych przez Konsorcjum, tj. główny element systemu AMHS, który jest również częścią projektu Zamawiającego, nie jest wykorzystywany przez Finavia.

W celu udowodnienia powyższego, Protestujący załączył wraz z protestem oficjalny dokument Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego (*International CMIAvlation Organisation*, dalej „ICAO“): „ICAO Information Paper AFSG14 IP08 Rev2 AMHS Implementation Planning”. Wskazał, że powyższy i jednocześnie oficjalny dokument ICAO został przygotowany przez regionalne Biuro Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego dla Europy i Ameryki Północnej w Paryżu w dniach 14-18 czerwca 2010 r. oraz opublikowany podczas 14-ego Zgromadzenia Grupy Stałych Służb Ruchu Lotniczego (*Aeronautical Fixed Services Group*).

Podniósł, iż Regionalne Biuro Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego dla Europy i Ameryki Północnej w Paryżu regularnie monitoruje status zastosowania systemu AMHS w regionach Europy i Ameryki Północnej oraz publikuje rezultaty w wymienionym powyżej dokumencie na corocznych zgromadzeniach Grupy Stałych Służb Ruchu Lotniczego Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego. Dokument ten zawiera przegląd statusu zastosowania systemu AMHS przez kilku operatorów usług nawigacji powietrznej, którzy ogłosili wprowadzenie systemu AMHS. Protestujący zwrócił uwagę na następujące rozdziały i strony:

1. Rozdział 2.2: Podsumowanie wskazuje że Europie wyłącznie 2 państwa stosują system AMHS (Niemcy i Hiszpania);
2. Załącznik, strona 8: Zawiera informacje o zastosowaniu systemu AMHS przez fińskiego operatora usług nawigacji powietrznej (Finavia). Wyraźnie wskazane jest, że Finavia wprowadzi system AMHS w 2011 r. i nie będzie używać terminali Agenta Użytkownika AMHS (które są głównym komponentem wymaganym przez Zamawiającego);

3. Załącznik, strona 7: Zawiera informacje o zastosowaniu systemu AMHS przez innego klienta Konsorcjum, duńskiego operatora usług nawigacji powietrznej. Wyraźnie wskazane jest, że Dania wstrzymała projekt i wystosuje oficjalne ogłoszenie przetargu zgodnie z przepisami unijnymi.

Protestujący wskazał, że pozostali klienci Konsorcjum (tj. łotewski operator usług nawigacji powietrznej, LGS) nie są wskazani w ww. dokumencie, co oznacza że nie mają sprecyzowanych planów wprowadzenia systemu AMHS i nie odpowiedzieli ICAO.

Powyższy dokument ICAO został załączony do Protestu i może zostać każdorazowo odtworzony na stronie internetowej regionalnego Biura Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego dla Europy i Ameryki Północnej, pod adresem: http://www.paris.icao.int/documents_eanpg.

W dniu **08.11.2010 r.** wykonawca Konsorcjum: MAW Telecom International S.A. oraz Frequentis AG (Odwołujący) zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia protestu po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, że wnosi o oddalenie protestu jak bezzasadnego.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia **15.11.2010 r.** poprzez jego uwzględnienie w części. Zamawiający wskazał, iż uwzględnia zarzuty w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania Konsorcjum: MAW Telecom International S.A. Frequentis AG do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy warunków określonych w SIWZ oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. Pozostałe zarzuty zawarte w proteście zostały przez Zamawiającego oddalone jako sformułowane przedwcześnie.

W dniu **24.11.2010 r.** wykonawca Konsorcjum: MAW Telecom International S.A. oraz Frequentis AG wniósł odwołanie od częściowego uwzględnienia protestu w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego zarzutów, tj.:

- zaniechania czynności wezwania konsorcjum firm MAW Telecom International S.A. oraz Frequentis AG do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum warunków do wykonania kontraktu zawieranego w niniejszym postępowaniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, czym naruszono przepis art. 7 ust. 3

ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że uwzględnione przez Zamawiającego żądanie Protestującego, dotyczyło wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum warunków do wykonania kontraktu zawieranego w niniejszym postępowaniu, które według Protestującego, miało być zgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie odwołania, Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji Zamawiającego o uwzględnieniu protestu w opisanej powyżej części;
- uznanie za wiążącą decyzji Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że postępowanie jest prowadzone zgodnie z ustawą Pzp w brzmieniu uwzględniającym nowelizację z dnia 04 września 2008 roku (przed wejściem w życie dwóch nowelizacji z 2009 roku). Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Odwołującego pismem z dnia 22 października 2010 roku. Protest wniesiono dnia 4 listopada 2010 roku. Odwołujący przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w dniu 8 listopada 2010 roku. Rozstrzygnięcie protestu przekazano wykonawcom dnia 15 listopada 2010 roku. Termin do wniesienia odwołania upłynął w dniu 25 listopada 2010 roku.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że podstawą uwzględnionego przez Zamawiającego zarzutu Protestującego było twierdzenie, że zaoferowana dostawa nie odpowiada „wymaganiom do wykonania kontraktu zawieranego w niniejszym postępowaniu” w zakresie opisanym w punkcie IV.1.2. Załącznika nr 1 do SIWZ „USZCZEGÓLOWIONA SPECYFIKACJA SYSTEMU INFORMATYCZNEGO DLA SŁUŻBY RUCHU LOTNICZEGO SZ RP”: *IV. WYMAGANIA TECHNICZNO - FUNKCJONALNE 1. WYMAGANIA OGÓLNE 1.2. System AMHS musi zapewniać najwyższą niezawodność, sprawność oraz jakość obsługi depesz ATS sprawdzoną w środowisku operacyjnym służb ruchu lotniczego. Jednocześnie system AMHS musi być skonstruowany i wykonany przy użyciu najnowszych osiągnięć technicznych.*

Wskazał, że niezgodność Protestujący wywiódł z treści referencji załączonych do oferty przez Odwołującego na podstawie zapisów punktu 8 Załącznika nr 2 do SIWZ „Formularz techniczno-cenowy”. Protestujący wywiódł, iż referencje powinny być przez Odwołującego uzupełnione na wezwanie Zamawiającego. Dowód: *kopia protestu (punkt 2)*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonując uwzględnienia zarzutu, zmodyfikował jego brzmienie wskazując, iż chodzi o dokument potwierdzający, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom zamawiającego. Wskazany przez Protestującego dokument w ogóle nie funkcjonuje w systemie zamówień publicznych w Polsce. Już sam ten fakt powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego podczas rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał ponadto, że oprotestowane referencje nie zostały wymienione przez Zamawiającego wśród dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają jego wymaganiom. Zamknięty katalog tychże dokumentów zawarto w punkcie V.2 Załącznika nr 1 do SIWZ „USZCZEGÓLOWIONA SPECYFIKACJA SYSTEMU INFORMATYCZNEGO DLA SŁUŻBY RUCHU LOTNICZEGO SZ RP”:

V.2 Na potwierdzenie, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom zamawiającego Wykonawcy obowiązani są złożyć:

2.1. Deklarację producenta systemu AMHS potwierdzającą zgodność parametrów systemu z wymaganiami zdefiniowanymi w:

2.1.1. ICAO - Aeronautical Telecommunications, Annex 10 to the Convention on International Civil Aviation, Volume II (Communication Procedures) wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.1.2. ICAO - Aeronautical Telecommunications, Annex 10 to the Convention on International CMI Aviation, Volume III (Communication Systems) wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.1.3. ICAO Doc 9705-AN/956 - Manual of Technical Provisions for the Aeronautical Telecommunications Network (ATN) wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.1.4. ICAO Doc. 9880-AN/466 Manual on Detailed Technical Specifications for the Aeronautical Telecommunication Network (ATN) using ISO/OSI standards and protocols, Part IIB -Ground-Ground Applications -ATS message handling sen/ice (ATSMHS) wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.1.5. ICAO Doc 9880-AN/466 - Manual on Detailed Technical Specifications for the Aeronautical Telecommunication Network (ATN) using ISO/OSI standards and protocols, Part IVA -Directory Sen/ices wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.1.6. ICAO EUR Doc 020 EUR AMHS Manual wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.1.7. ICAO EUR Doc 021 ATS Messaging Management Manual wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.1.8. ICAO EUR Doc 022 AFS Security Guidelines, AFSG Planning Group wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.2. Deklarację producenta systemu AMHS potwierdzającą zgodność parametrów systemu ze specyfikacją zdefiniowanymi w Eurocontrol Specification on the Air Traffic Services Message Handling System (AMHS) wraz ze zmianami wprowadzonymi do dnia ogłoszenia o przetargu;

2.3. Deklarację producenta systemu AMHS w zakresie zgodności procesu tworzenia zainstalowanego oprogramowania zgodnie z dokumentami ESARR 6 wraz z określeniem przyjętego poziomu bezpieczeństwa oraz listą stosowanych standardów;

2.4. Deklarację producenta systemu AMHS o zgodności systemu z wymaganiami Rozporządzenia nr 552/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dn. 10.03.2004 w sprawie interoperacyjności Europejskiej Sieci Zarządzania Ruchem Lotniczym wraz z opisem procedur wewnętrznych i norm stosowanych w trakcie produkcji;

2.5. Certyfikat CE dla systemu AMHS;

W powyższym zakresie jako dowód przywołał załącznik nr 1 do SIWZ USZCZEGÓLOWIONA SPECYFIKACJA SYSTEMU INFORMATYCZNEGO DLA SŁUŻBY RUCHU LOTNICZEGO SZ RP zawarty w dokumentacji postępowania.

Odwołujący wskazał, że podkreślenia wymaga fakt, iż żądanie złożenia referencji jako dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego pierwotnie znajdowało się w treści formularza techniczno-cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ: 8. „Oświadczamy, że proponowany system o nazwie jest produktem standardowo produkowanym, który przeszedł fazę projektową oraz testową, jest już produkowany i już jest w użytkowaniu. W załączeniu przedstawiamy dokument użytkownika systemu, potwierdzający, że eksploatowany system spełnia wymagania określone w Załączniku nr 1 do SIWZ - Specyfikacja techniczna - zał. nr 1 do formularza techniczno-cenowego na ark-”.

Odwołujący jako dowód powyższego wskazał załącznik nr 2 Formularz techniczno-cenowy w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego w SIWZ przesłanej wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych dnia 26 sierpnia 2010 roku zawarty w dokumentacji postępowania.

W dniu 15 września 2010 roku, Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców zmienił treść punktu nr 8 Załącznika nr 2 do SIWZ. Wskazał na pytanie 8: W formularzu techniczno-cenowym w pkt 8 znajduje się m.in. zapis o treści: „W załączeniu przedstawiamy dokument użytkownika systemu potwierdzający, że eksploatowany system spełnia wymagania określone w Załączniku nr 1 do SIWZ - Specyfikacja techniczna” Pragniemy zauważyć, iż żaden z użytkowników nie jest w stanie zadeklarować we własnym imieniu

zgodności użytkowanego systemu ze specyficznymi wymaganiami DZSZ. Ponieważ nie jest możliwe otrzymanie dokumentu od użytkownika potwierdzającego, że użytkowany przez niego system spełnia wymagania określone przez DZSZ, prosimy o wyjaśnienie, czy referencje użytkownika bez potwierdzenia, że system spełnia wymagania DZSZ mogą być załączone do formularza i zostaną uznane jako wystarczające? (...).

W związku z powyższym pytaniem Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Referencje użytkownika oferowanego systemu (wraz z jego nazwą własną) muszą być dołączone do oferty. Zamawiający nie wymaga potwierdzenia, że system spełnia wymagania określone w specyfikacji technicznej. Pkt 8 w formularzu techniczno-cenowym otrzymuje brzmienie: *Oświadczamy, że proponowany system o nazwie jest produktem standardowo produkowanym, który przeszedł fazę projektową oraz testową, jest już produkowany i już jest w użytkowaniu w ... w załączeniu przedstawiamy dokument użytkownika systemu - zał. nr 1 do formularza techniczno-cenowego na ark-".* Jako dowód powyższego Odwołujący wskazał pismo z dnia 15 września 2010 roku numer 5979A/II/02 znajdujące się w dokumentacji postępowania.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie referencje nie mogą być uznawane za dokument potwierdzający, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Ich załączenie bądź nie, a tym bardziej ich treść, nie obciąża w żaden sposób wykonawcy.

Wskazał również, że specyfikacja w brzmieniu obowiązującym w dniu składania ofert nie zawierała żadnych szczegółowych wymagań co do zawartości referencji. Nie zostały one także powiązane wprost z konkretnym zapisem SIWZ. Odwołujący złożył wraz z ofertą trzy referencje. Brak zatem podstawy do stwierdzenia, że nie zostały one złożone.

Podniósł, że w punkcie 9 Załącznika nr 2 do SIWZ „Formularz techniczno-cenowy”, zawarto oświadczenie, jakie dokumenty potwierdzające, że oferowane oprogramowanie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego, wykonawca dołączył do oferty. Wykaz ten jest zgodny w pełni z przywołanym powyżej katalogiem tychże dokumentów zawartym w punkcie V.2 Załącznika nr 1 do SIWZ. Na dowód powyższego Odwołujący przywołał *Załącznik nr 2 Formularz techniczno-cenowy (w dokumentacji postępowania.)*

Wskazał ponadto, iż skoro referencje nie są w przedmiotowym postępowaniu dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może mieć do nich zastosowania. Nie można zatem skutecznie uznać, że „dokumenty” te powinny zostać uzupełnione.

Tym samey, w ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego poprzez wadliwe zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może wprost doprowadzić do naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można bowiem żądać od wykonawców dokumentów nie wskazanych w

Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Czynność uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu Protestującego, naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako całkowicie chybiona, powinna zostać unieważniona.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż jest on przedwczesny, a zatem również niemożliwy do uwzględnienia. Nie doszło do udzielenia zamówienia Odwołującemu. Norma art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie mogła zatem zostać naruszona. Z tego względu uwzględnienie zarzutu przez Zamawiającego narusza art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i w jego ocenie konieczne jest uchylenie decyzji Zamawiającego bowiem *działanie to doprowadziło do naruszenia prawa mającego wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.*

Na zakończenie wskazał Odwołujący, że czynności Zamawiającego naruszają jego interes prawny, bowiem w przypadku zgodnego z prawem postępowania Zamawiającego, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na częściowym uwzględnieniu protestu w zakresie zarzutów dotyczących udzielenia zamówienia wykonawcy (Odwołującemu) niezgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp) oraz zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią SIWZ, ofertą złożoną przez Odwołującego, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie

przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania, oraz uwzględnienie zarzutów i żądań zawartych w rozpoznawanym odwołaniu oferta Odwołującego utrzyma status oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Odwołującego oraz ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację postępowania, tj. SIWZ, korespondencję pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron złożone na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w wyniku częściowego uwzględnienia protestu z dnia 04.11.2010 r. Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w odniesieniu do przedmiotu dostawy w pkt IV załącznika nr 1 do SIWZ „USZCZEGÓŁOWIONA SPECYFIKACJA SYSTEMU

INFORMATYCZNEGO DLA SŁUŻBY RUCHU LOTNICZEGO SZ RP": IV. WYMAGANIA TECHNICZNO - FUNKCJONALNE 1. WYMAGANIA OGÓLNE wskazał w ppkt 1.2., że: „System AMHS musi zapewniać najwyższą niezawodność, sprawność oraz jakość obsługi depesz ATS sprawdzoną w środowisku operacyjnym służb ruchu lotniczego. Jednocześnie system AMHS musi być skonstruowany i wykonany przy użyciu najnowszych osiągnięć technicznych”.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu wskazuje, iż w dniu 15 września 2010 roku, Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców zmienił treść punktu nr 8 Załącznika nr 2 do SIWZ udzielając następującej odpowiedzi: Referencje użytkownika oferowanego systemu (wraz z jego nazwą własną) muszą być dołączone do oferty. Zamawiający nie wymaga potwierdzenia, że system spełnia wymagania określone w specyfikacji technicznej. Pkt 8 w formularzu techniczno-cenowym otrzymuje brzmienie: *Oświadczamy, że proponowany system o nazwie jest produktem standardowo produkowanym, który przeszedł fazę projektową oraz testową, jest już produkowany i już jest w użytkowaniu w ... w załączeniu przedstawiamy dokument użytkownika systemu - zał. nr 1 do formularza techniczno-cenowego na ark-.* (pismo z dnia 15 września 2010 roku numer 5979A/II/02).

Po trzecie Izba ustalił, że Odwołujący w swojej ofercie przedstawił 3 użytkowników oferowane systemu AMHS (NAVIAIR Dania, FINAVIA Finlandia oraz LGS Łotwa) wskazując na potwierdzenie powyższego listy referencyjne wystawione przez ww. podmioty.

Izba na wstępie wskazuje, iż wykonawca jest obowiązany do wykazania, iż oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone zamawiającego w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe winno nastąpić w odniesieniu do zamawiającego i w przewidzianym przez ustawę Pzp oraz ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ trybie i formie.

Izba ustaliła, iż Odwołujący na potwierdzenie, że system AMHS posiada jakość obsługi depesz ATS sprawdzoną w środowisku operacyjnym służb ruchu lotniczego załączył wraz z ofertą listy referencyjne użytkowników systemu AMHS (NAVIAIR Dania, FINAVIA Finlandia oraz LGS Łotwa).

Zamawiający w dniu 15.09.2010 r. odpowiadając na pytania wykonawców dokonał w piśmie z dnia 15.09.2010 r. (znak 5979/VII/02) modyfikacji pkt 8 załącznika nr 2 do SIWZ (formularz techniczno-cenowy) nadając mu następujące brzmienie: „Oświadczamy, że proponowany system o nazwie jest produktem standardowo produkowanym, który przeszedł fazę projektową oraz testową, jest już produkowany i już jest w użytkowaniu w załączeniu przedstawiamy dokument użytkownika systemu – zał. nr 1 do formularza techniczno-cenowego na ark-.”.

Izba wskazuje, iż w odniesieniu do powyższego wymogu Zamawiający nie wskazał ani nie ograniczył zakresu dokumentów, które mogłyby potwierdzać spełnienie tego wymogu. Wskazał jedynie, iż dokumentem tym winien być dokument użytkownika systemu.

Zgodnie z § 3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), obowiązującego w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: (...). Oznacza to, iż katalog ten nie jest katalogiem zamkniętym. Zatem na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca może złożyć dowolny dowód (dokumenty, próbki, fotografie itp.). W tym wypadku wystarczające jest aby potwierdzał on w sposób niezbity, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Wobec powyższego dokumentem tym mogą być również listy referencyjne wystawione przez użytkownika systemu.

Izba uznała, iż Protestujący jedynie uprawdopodobnił, iż Odwołujący nie przedłożył wszystkich wymaganych dokumentów potwierdzających, że oferowany przez niego system informatyczny spełnia wymagania Zamawiającego, tj. w zakresie zarzutu sformułowanego w treści protestu nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, iż system ten nie jest obecnie użytkowany przez wskazanych w ofercie użytkowników.

Powyższe zostało skutecznie zakwestionowane w toku rozprawy przez Odwołującego który wskazał, iż dołączone wraz z tłumaczeniem na język polski na str. 20 i 21 oferty referencje wystawione przez użytkownika FINAVIA zostały wystawione 5 lipca 2010 r. Z powyższego dokumentu wynika, iż FINAVIA w ramach odnowienia systemu obsługi depech AFTN zawarła dodatkowo w kontrakcie usługi łączności AMHS oraz możliwość odbioru Sadis 2G. Testy odbioru zostały przeprowadzone w marcu 2010 r. a uruchomienie obydwu systemów nastąpiło w maju 2010 r.

Ponadto w toku rozprawy Odwołujący wskazał, że przekazane przez Protestującego dowody w postaci oficjalnego dokumentu Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego dla Europy i Ameryki Północnej w Paryżu (ICAO – International Civil Aviation Organisation) dokument powyższy przygotowany został w dniach 14-18 czerwca 2010 r. podczas 14-ego Zgromadzenia Grup Stałych Służb Ruchu Lotniczego w oparciu o dane pochodzące z marca 2010 r. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, przedstawione wraz z protestem dowody nie potwierdzają, że wskazany przez Odwołującego w liście referencyjnym wystawionym przez FINAVIA system nie został jeszcze wdrożony, gdyż dokumenty

opracowane przez ICAO mogą nie uwzględniać aktualnego stanu wynikającego z modernizacji tego systemu.

Tym samym Protestujący, w ocenie Izby, nie udowodnił faktu, iż Odwołujący nie przedstawił wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

W ocenie Izby z powyższego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie wynika konieczność uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez Odwołującego dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

Izba wskazuje, iż niezasadne jest wzywianie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli istniejące w ich treści wątpliwości mogą być usunięte w drodze wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jest czynnością następczą w odniesieniu do czynności wyjaśnienia treści dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, w przypadku braku dokumentów lub złożenia wymaganych dokumentów i oświadczeń zawierających błędy. Izba wskazuje, iż Protestujący w ramach wniesionego protestu, jak również Zamawiający w ramach jego uwzględnienia oraz w ramach postępowania odwoławczego nie wykazali, iż załączone do oferty Odwołującego dokumenty zawierają błędy. W tym zakresie Protestujący, jak również Zamawiający swoją argumentację wywodzą z faktu, iż dokumenty te są niezgodne ze stanem faktycznym. Ponadto zastosowanie w pierwszej kolejności instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wynika z faktu, iż w przypadku braku uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiający zatrzymuje, na podstawie art. 46 ust. 4a w związku z art. 60 ust. 1 ustawy Pzp, wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Oznacza to, iż czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów jest czynnością ostateczną i jeżeli wynikające z ich treści wątpliwości mogą zostać usunięte w drodze wyjaśnień zastosowanie w pierwszej kolejności ma instytucja uregulowana w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Wszakże sam Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, iż w tym zakresie konieczne jest wyjaśnienie złożonych dokumentów celem rozwiania istniejących wątpliwości.

Wynika to także z faktu, na co wskazał w toku rozprawy Odwołujący, iż nie ma on wpływu na treść dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci.

Izba na marginesie wskazuje, iż Zamawiający może dokonać powtórnego badania i oceny oferty, w ramach którego będzie istniała możliwość wezwania Odwołującego do

złożenia udokumentowanych wyjaśnień w odniesieniu do dokumentów, które budzą wątpliwości Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż nieuzasadnione było uwzględnienie przez Zamawiającego protestu z dnia 04.11.2010 r. w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w wyniku częściowego uwzględnienia protestu z dnia 04.11.2010 r. ze względu na fakt, iż Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał analogicznych ustaleń w odniesieniu do powyższego zarzutu, jak w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ostatnią czynnością w postępowaniu zmierzającą do udzielenia zamówienia publicznego. To w wyniku upływu terminów na wniesienie środków ochrony prawnej zamawiający jest nie tylko uprawniony ale również zobowiązany do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej i informując pozostałych wykonawców o powyższym fakcie zamawiający wskazuje jedynie, któremu podmiotowi udzieli zamówienia.

Jednakże do udzielenia zamówienia dochodzi wskutek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. To z tym faktem ustawodawca wiąże udzielenie zamówienia wykonawcy, zatem do naruszenia normy prawnej wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp dojść może jedynie na skutek zawarcia z danym wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego, do której doszło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż nieuzasadnione było uwzględnienie przez Zamawiającego protestu z dnia 04.11.2010 r. w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołania, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wskutek stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i przedwczesne uwzględnienie powyższych zarzutów w ramach wniesionego protestu mającego na celu wzruszenie

czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego przedmiotowe odwołanie zostało uwzględnione. Odwołujący, w ocenie Izby, wykazał, iż uwzględnienie powyższych zarzutów przez Zamawiającego było czynnością pozbawioną, zarówno faktycznych, jak również prawnych podstaw.

W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....