

Sygn. akt: KIO 1263/12

WYROK

z dnia 2 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 czerwca 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2012r. przez wykonawcę Thales Polska Sp. z o. o. 60-701 Poznań ul. Zachodnia 15 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej 85-844 Bydgoszcz ul. Toruńska 174 a

przy udziale wykonawców:

1. Imtech Infra B.V., 3821 AMERSFOORT, Hardwareweg 11 Holandia zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.
2. Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
3. Sprint S.A., 10-062 Olsztyn, ul. Jagiellończyka 26 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Thales Polska Sp. z o.o. 60-701 Poznań ul. Zachodnia 15
i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Thales Polska Sp. z o.o. 60-701 Poznań ul. Zachodnia 15 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie wniósł Thales Polska Sp. z o.o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań pismem z dnia 15 czerwca 2012r. w związku z ponownym badaniem, oceną i ustaleniem pięciu wykonawców, którzy będą zaproszeni do składania ofert.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.09.2011r. pod poz.2011/S 173-283926 i zmiany ogłoszenia opublikowanego w dniu 01.10.2011r. pod. poz. 2011/S 189-307976 w tymże Dzienniku Urzędowym.

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego jest zaprojektowanie, zakup, dostawa, montaż i uruchomienie systemu centralnego zarządzania ruchem i transportem publicznym w Bydgoszczy pn."Inteligentne systemy transportowe w Bydgoszczy" w zakresie i na warunkach szczegółowo określonych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym (instalacyjnym), specyfikacjach technicznych, wzorze umowy.

Odwołanie zostało wniesione na podstawie art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2012r.-Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. Nr 113 poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”.

Odwołujący złożył następujące zarzuty pod adresem zamawiającego co do naruszenia przepisów ustawy:

1. Art.51 ust.2 poprzez ustalenie, że najwyższy poziom spełnienia warunków udziału w postępowaniu spełnili wykonawcy, którzy wykazali niższy poziom spełnienia warunków i jednocześnie o przesądzeniu nie zaproszeniu do składania ofert wykonawców, wykonawcy, który powinien otrzymać ocenę spełnienia warunków, kwalifikującą do zaproszenia do składania ofert to jest odwołującego.
2. Art.7 ust.1 w związku z art.26 ust.3 w ten sposób, że do niektórych wykonawców wystąpiono o uzupełnienie dokumentów i uzupełnione dokumenty uwzględniono przy ustaleniu wyników oceny spełnienia warunków na podstawie art.51 ust.1 a do odwołującego w tym zakresie nie wystąpiono (należyta staranność).
3. Art.14 w związku z art.65 § 1 k.c. oraz § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009r. Nr 226, poz.1817) zwane dalej „rozporządzeniem” poprzez pominięcie tych przepisów przy wykładni złożonych oświadczeń potwierdzających należyte wykonanie zamówień przez odwołującego jako potwierdzenie należytego wykonania.

4. Art.24 ust.2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust.4 oraz § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia poprzez zaniechanie wyjaśnień dokumentów.

Odwołujący zażądał nakazania:

1. Unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz czynności dokonanych w następstwie tej oceny.
2. Powtórzenie czynności badania wniosków z uwzględnieniem przepisów ustawy, prawidłowego rozumienia orzecznictwa KIO, które powinno zapewnić odwołującemu zaproszenie do składania oferty.
3. Ustalenie listy wykonawców zapraszanych do składania oferty, którzy zgodnie z obowiązującymi przepisami uzyskają najwyższą ocenę złożonych wniosków.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono argumentację formalną i prawną popierającą zarzuty i żądania odwołania a wynikającą z ponownego badania i oceny wniosków w celu ustalenia listy wykonawców zapraszanych do składania ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie odwołującego Imtech Infa B.V. Hardwareweg11, 3821 Amersfoort, Holandia wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania przystąpili:

1. Sprint S.A. ul. Przemysłowa 15, 85-758 Bydgoszcz,
2. Siemens S.A. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Co do przystąpienia do postępowania odwoławczego

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego zgłaszających się wykonawców jak wskazano powyżej zarówno po stronie odwołującego jak i zamawiającego, których

przystąpienia spełniają przesłanki ustawowe z art. 185 ust.2 i 3 ustawy Pzp w zakresie trzydniowego terminu zgłoszenia przystąpienia, wskazania strony do której przystępują, wniesienia pisma w formie pisemnej, przesłania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującemu oraz co do interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępują

Co do interesu do wniesienia odwołania.

Izba stwierdza po stronie odwołującego interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy. Odwołujący złożył uprzednio odwołanie w sprawie 858/12 w następstwie, którego zamawiający ponowił badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do składania ofert. W poprzednim badaniu i ocenie wniosków odwołujący nie uzyskał ilości punktów zapewniających zaproszenie do składania ofert. W aktualnym badaniu i ocenie wniosków, będącym przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego również nie uzyskał ilości punktów gwarantujących uzyskanie zaproszenia do składania ofert. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu do składania ofert zostaną zaproszeni wykonawcy z pierwszej piątki. Natomiast odwołujący w pierwszej ocenie zajął ósme miejsce, a w drugiej ocenie zajął dziewiąte miejsce. Stąd posiada interes do wniesienia odwołania.

Zarzut Nr 1

Co do nieprawidłowej oceny wniosków poprzedzających w punktacji wniosek odwołującego.

Izba ustaliła

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie podniósł, że jego odwołanie dotyczy także ocen wykonawców znajdujących się przed nim, ponieważ taki zarzut był postawiony w odwołaniu w zarzucie dotyczącym naruszenia art. 51 ust. 2 ustawy (str.2 odwołania) oraz w uzasadnieniu ostatni akapit na str. 5.

Izba powyższe potwierdza, przy czym uzasadnienie zarzutu wobec wykonawców znajdujących się na liście przed odwołującym znajduje się na stronie 4 i 5 odwołania i odnosi się tylko do okoliczności pierwszego badania i oceny wniosków przez zamawiającego a nie drugiej oceny (16 kwietnia 2012r. – pierwsze badanie i ocena wniosków i 5 czerwca 2012r. – drugie badanie i ocena wniosków). Natomiast do badania i oceny wniosków, będącego przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego odnosi się tylko stwierdzenie, że aktualnie zamawiający ponowił ocenę nie tylko wniosków, których dotyczyło odwołanie w sprawie o Sygn. akt KIO 858/12, ale również do Siemens, Betacom, Simple, Comp.

Na rozprawie odwołujący precyzując zarzut nieprawidłowości ocen wykonawców poprzedzających w punktacji oceny wniosków jego wniosek w drugim etapie ocen, który miał

miejsce dnia 5 czerwca 2012r. podniósł, że stawia zarzut nieprawidłowej oceny wniosku Betacom, ponieważ w pierwszej ocenie w pierwszej fazie miała zakwalifikowane 3 dostawy i w drugiej ocenie też w pierwszej fazie miała zakwalifikowane 3 dostawy, a w wyroku KIO 858/12 jedna z tych dostaw była zanegowana, bo była od Siemens (tzw. Doświadczenie warszawskie). Odwołujący wskazał na l.p. 5 zbiorczych zestawień otrzymanych ocen spełnienia warunków udziału w postępowaniu z dnia 16.04.2012r. i 05.06.2012r.

Na rozprawie na wniosek odwołującego, Izba dokonała wyjaśnień dotyczących, wyprzedzającego wniosek odwołującego pod względem oceny, wniosku Betacom.

Na wniosek zamawiającego Izba przeprowadziła dowody z załączonych:

1. do oceny z dnia 5 czerwca 2012 r. Wykazu „Zbiorcze zestawienia otrzymanych ocen spełnienia warunków udziału w postępowaniu”,
2. poprzez porównanie z Wykazem „Zbiorcze zestawienia otrzymanych ocen spełnienia warunków udziału w postępowaniu” załączonym do oceny z dnia 16 kwietnia 2012 r.

(dowody Nr 5 i Nr 6 załączone do akt postępowania odwoławczego).

Na podstawie przeprowadzonych dowodów Izba ustaliła.

Ze zbiorczych zestawień wynika, że dnia 5 czerwca 2012 r. (poz.5 Wykazu odnosząca się Betacom S.A.) w pierwszej fazie zaliczono 3 doświadczenia i również dnia 16 kwietnia 2012r. w pierwszej fazie również zaliczono 3 doświadczenia. Natomiast co do drugiej fazy wynika, że dnia 15 czerwca 2012r. zaliczono 3 dostawy, a dnia 16 kwietnia 2012r. 4 doświadczenia.

W tym miejscu Izba cytuje złożone na rozprawie stanowisko zamawiającego stanowiące odniesienie się do zarzutu sprecyzowanego przez odwołującego na rozprawie.

„Co do zarzutów dotyczących niewłaściwej oceny pozostałych wykonawców to należy porównać tabele przed i po wyroku i wynika z tego, że wycięto Betacomowi jedną pozycję dotyczącą systemu warszawskiego, a w 3 stopniu oceny wycięto 4 dostawy, które wchodziły w skład systemu warszawskiego. Uważa, że zarzut odnośnie Betacom jest bezpodstawny. Odnośnie kwestionowania przez Odwołującego, że przy pierwszym warunku ujęto złą liczbę dostaw to wyjaśnia, że Betacom w swoim wniosku przedstawił w 2 przypadkach systemy obejmujące 3 systemy przedstawił to na okoliczności Krakowa i Warszawy. Po wyroku KIO odjęto system warszawski ale nadal miał system krakowski, który wypełniał warunek. Zaznaczam, że w kolumnie pierwszej oceny ujęto jeden system obejmujący trzy podsystemy, pojedynczych podsystemów. W 2 ocenie chodziło ogólnie o liczbę dostaw systemów zintegrowanych, które zawierały minimum dwa elementy łącznie z wymienianymi przez

zamawiającego. W drugiej ocenie Betacom oprócz Krakowa i Warszawy miał dwa systemy spełniające wymogi. Po wyroku KIO jedną stracił.

Zbiorcze zestawienie jest skutkiem powyżej omówionych ocen referencji i wykazów”.

Uczestnik Siemens na rozprawie podniósł wobec odwołania, iż w odwołaniu nie było zarzutu co do niewłaściwej oceny punktowej Betacom („Co do niewłaściwej oceny Betacom zwraca uwagę, że nie było tego zarzutu w treści odwołania”)

Izba zważyła

Zarzut jest bezzasadny.

Odwołujący oparł swoje odwołanie między innymi na zarzucie działania zamawiającego niezgodnie z obowiązującymi zasadami przyznawania punktów wnioskowi, ponieważ wnioski jego konkurentów były ocenione wyżej niż jego wniosek co do uzyskanych punktów.

Na tę okoliczność w odwołaniu zarzut sformułowano w sposób ogólny.

Na rozprawie odwołujący odniósł się do wniosku Betacom twierdząc, że przyznano temu wnioskowi niewłaściwą punktację.

Izba na podstawie przeprowadzonych dowodów opisanych powyżej to jest ze Zbiorczych zestawień otrzymanych ocen z dnia 16.04.2012r. i 05.06.2012r. ustaliła, że zamawiający dokonując oceny wniosku Betacom po wyroku KIO 858/12 nie uwzględnił tzw. doświadczenia warszawskiego (Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie). Powyższe świadczy o wykonaniu wyroku z dnia 15 maja 2012r. KIO 858/12.

Powyższe nie skutkowało zmianą w tzw. pierwszej fazie ocen to jest „ocena warunku Nr 2 w zakresie największej liczby integrowanych systemów w jednej dostawie zintegrowanego systemu zarządzania (ZSZ) wyliczona według wzoru przedstawionego w ogłoszeniu o zamówieniu”. Jak wyjaśnił na rozprawie zamawiający okoliczność, że Betacom-owi odpadło tzw. doświadczenie warszawskie to nie zmieniło to jednak oceny punktowej jego wniosku, ponieważ ocenie podlegał jeden zintegrowany system zarządzania posiadający odpowiednią liczbę integrowanych systemów w jednej dostawie. Betacom miał jeszcze inne doświadczenia spełniające ten warunek m. doświadczenie krakowskie. Izba uznała za prawidłowe przyznanie 75 punktów na 100 możliwych punktów do uzyskania w tej fazie oceny. Tym samym zarówno dnia 16.04.2012r. jak i dnia 05.06.2012r. Betacom otrzymał 75 punktów na 100 możliwych do uzyskania punktów w tej fazie oceny wniosku.

Z kolei w drugiej fazie oceny punktacja w dniu 5 czerwca 2012r. (po wyroku KIO 858/12) uległa zmianie w stosunku do oceny dokonanej poprzednio (16 kwietnia 2012r. to jest przed wyrokiem KIO 858/12). Za pierwszym razem w tej fazie (ocena warunku Nr 2 w zakresie

największej ilości zintegrowanych systemów zarządzania (ZSZ) wyliczona według wzoru przedstawionego w ogłoszeniu o zamówieniu) Betacom uzyskał za 4 dostawy 66,67punktu a po wyroku KIO 858/12 uzyskał już tylko za 3 dostawy 60 punktów, ponieważ zamawiający odjął tzw. doświadczenie warszawskie.

W trzeciej fazie oceny (ocena warunku Nr 2 w zakresie największej liczby wykonanych pojedynczych systemów wyliczona według wzoru przedstawionego w ogłoszeniu o zamówieniu) również nastąpiły zmiany, ponieważ w pierwszej ocenie tej fazy (dnia 16.04.2012r.) wzięto pod uwagę 19 dostaw a w drugiej ocenie tej fazy (dnia 05.06.2012r.) wzięto pod uwagę 15 dostaw (bez tzw. doświadczenia warszawskiego). Niemniej nie miało to wpływu na przyznane punkty, ponieważ otrzymał również jak przy pierwszej ocenie 100 punktów.

Niemniej pomimo uwzględnienia wytycznych wyroku KIO 858/12 pozycja Betacom S.A. nie uległa zmianie, ponieważ ponownie zajął 5 miejsce w ocenie punktowej wniosków.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów w ocenie Izby wyjaśnienia zamawiającego są logiczne oraz spójne i nie zostały odparte przez odwołującego na rozprawie a tym samym są wiarygodne.

W związku z tym Izba nie uwzględniła zarzutu odwołującego co do niewłaściwej oceny wnioskodawcy Betacom, który uplasował się w rankingu powyżej pozycji odwołującego.

Również Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego co do nieuzasadnionej ponownej oceny i punktacji wszystkich wniosków a nie tylko będących przedmiotem zaskarżenia w sprawie o Sygn. akt KIO 858/12. W Informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków – art.51 ust.1 a ustawy pismo z dnia 05.06.2012r. (pismo po wyroku KIO 858/12) zamawiający wyjaśnia, że ponownie dokonał badania, oceny i punktacji złożonych wniosków i ponownie na dwadzieścia złożonych wniosków dwanaście spełniło a osiem wniosków nie spełniło warunków udziału w postępowaniu (dowód Nr 19 w aktach postępowania odwoławczego). Na tej podstawie zamawiający dokonał ponownej punktacji 12 wniosków spełniających warunki udziału w postępowaniu (dowód Nr 19 jak powyżej). W ocenie Izby takie postępowanie zamawiającego znajduje oparcie w treści sentencji wyroku z dnia 15 maja 2012r. o Sygn. akt KIO 858/12 zgodnie z którą Izba nakazuje Zarządowi Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy (zamawiającemu) powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu nieograniczonym. Sformułowanie w sentencji wyroku wskazuje na wszystkie wnioski złożone w postępowaniu a nie tylko na wnioski będące przedmiotem zaskarżenia.

Reasumując zarzut niewłaściwej oceny wniosków a w szczególności wniosków tych wykonawców, którym zamawiający przyznał wyższą ilość punktów niż wnioskowi odwołującego, nie został udowodniony a tym samym jest nieuprawniony.

Podsumowując Izba uznała, że przy ocenie i punktacji wniosków w drugim etapie to jest po wyroku KIO 858/12 zamawiający nie naruszył art. 51 ust.2 ustawy a co podnosił w odwołujący w zarzutach odwołania.

Zarzut Nr 2

Co do nieprawidłowej oceny Wniosku odwołującego na podstawie załączonego do wniosku Wykazu wykonanych dostaw i załączonych referencji.

Izba ustaliła i zważyła

Według twierdzeń odwołującego z referencji, które znajdują się w jego wniosku a zostały zakwestionowane przez zamawiającego, wynika należyta staranność i taki wymóg co do referencji wynika z wyroku KIO 858/12. Natomiast w wyroku KIO nie było sformułowania, że każda referencja, która nie ma wprost zwrotu „wykonana z należytą starannością” lub podobnego musi być uznana za niewłaściwą. Bowiem Wyrok odnosił się do sytuacji, kiedy są inne dokumenty niż dokumenty wykonawcy potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. W referencjach mogą być użyte różne sformułowania na potwierdzenie należytego wykonania dostawy czy usługi. W związku z tym odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z jego wniosku to jest z wykazu i następujących referencji: 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowody z wykazu i referencji załączonych do wykazu we wniosku odwołującego (dowody od Nr 7 do Nr 18 w aktach postępowania odwoławczego).

Odwołujący i zamawiający na rozprawie udzielili następujących wyjaśnień co do wykazu oraz referencji odwołującego.

Pozycja 1 Wykazu (dowód nr 7) i referencja Nr 1 A (dowód nr 8)

Izba ustaliła i zważyła

Izba na podstawie przeprowadzonego dowodu i wyjaśnień odwołującego oraz zamawiającego na rozprawie z poz.1 Wykazu i na podstawie załączonej referencji Nr 1 A uznaje za prawidłowe nie zaliczenie podanej w wykazie dostawy 1.2. system zarządzania pojazdami transportu zbiorowego (PTS), zarządzający min.50 pojazdami z zainstalowanymi nadajnikami radiowymi priorytetu przejazdu na skrzyżowaniach i dostawy 4. System monitorowania wizyjnego (CCTV) z min.45 kamerami.

Z samego wykazu wynika, że odwołujący dostarczył system monitorowania wizyjnego z 30 kamerami a nie jak wymagano w ogłoszeniu z 45 kamerami. Liczba 30 kamer również wynika z zaświadczenia Departamentu Seine Saint Denis z 29.09.2011r. Z treści zaświadczenia wynika, że wyspecyfikowano w nim wyczerpująco czynności zadania p.n. „Remont i rozbudowa narzędzi GERFAUT”. Twierdzenia odwołującego, że dostawa w zakresie 1.2. „system zarządzania pojazdami transportu zbiorowego (PTS), zarządzający min. 50 pojazdami z zainstalowanymi nadajnikami radiowymi priorytetu przejazdu na skrzyżowaniach” opisana jest w pkt 2 zaświadczenia „Dostawa montaż sterowni” Izba nie uznaje. Rację ma zamawiający, który uznał przy punktacji, że pkt 2 zaświadczenia opisuje pkt 6 z 1 poz. Wykazu to jest 6. „Dostawa, której przedmiotem było wyposażenie centrum sterowania ruchem”.

Tym samym stanowisko zamawiającego, który uznał wykazanie tylko podsystemu 1.1. i 6. z pierwszej pozycji Wykazu, jest prawidłowe.

Bowiem z zaświadczenia z dnia 29 września 2011r. wynika nie tylko należyte wykonanie dostawy i montażu ale również zakres dostawy i montażu.

Pozycja 2 i 3 Wykazu (dowód nr 7)

Izba ustaliła i zważyła

Pozycje 2 i 3 Wykazu są poza przedmiotem sporu, ponieważ zamawiający oświadczył, że zaliczył je w całości do punktacji, czemu odwołujący nie zaprzeczył.

Pozycja 4 Wykazu (dowód nr 7) i referencja Nr 4 B (dowód nr 9)

Izba ustaliła i zważyła

Izba na podstawie przeprowadzonego dowodu z poz. 4 Wykazu i na podstawie załączonej referencji Nr 4 B oraz stanowisk zaprezentowanych przez odwołującego oraz zamawiającego uznaje za prawidłowe nie zaliczenie podanej poz.4 Wykazu dostawy.

Faktem bezspornym w sprawie jest okoliczność, że deklaracja wystawiona przez Państwowe Sieci Kolejowe E.P.E. Lizbona w dniu 27 maja 2010r. jest niepodpisana.

Nie można zgodzić się z podglądem odwołującego, że referencja jako dokument o którym mowa w § 1 ust.1 pkt) 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009r. Nr 226, poz.1817) nie wymaga podpisu. Obowiązek podpisu dla wywołania skutku prawnego dla którego składa się

dokument można wywieść po pierwsze z samego § 6 ust.1 zd.2 tegoż rozporządzenia, który stanowi o bezpiecznym podpisie elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Co oznacza, że dokumenty nie przekazywane w drodze elektronicznej również wymagają podpisu. Bezpośrednio zasada pisemności wynika z art. 9 ust.1 ustawy, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Z powyższego zapisu należy wywieść, że oferta jak również załączone do niej dokumenty należy składać w formie pisemnej. Sama zaś definicja formy pisemnej wynika z treści art.73 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy, który stanowi, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

W związku z powyższym zamawiający prawidłowo postąpił nie zaliczając poz.4 Wykazu z powodu załączenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy, usługi wymienionej w tej pozycji wykazu a nie zawierającego podpisu.

Pozycja 5 Wykazu (dowód nr 7) referencja Nr 5 B (dowód nr 10)

Izba ustaliła i zważyła

Pozycja 5 Wykazu jest poza przedmiotem sporu, ponieważ zamawiający oświadczył, że zaliczył ją w całości do punktacji, czemu odwołujący nie zaprzeczył.

Pozycja 6 Wykazu (dowód nr 7) i referencja Nr 6 B i 7 B (dowód nr 11 i 12)

Izba ustaliła i zważyła

Odwołujący podtrzymał na rozprawie zarzut z odwołania co do nieprawidłowego zastosowania wytycznych Wyroku z dnia 15 maja 2012r. w sprawie o Sygn. akt KIO 858/12, ponieważ nie ma kontr dowodu, że praca nie została wykonana należycie. Uważa, że sformułowanie „prace zostały zakończone zgodnie z aktualnym stanie techniki” odpowiada wymogom ustawy. Składa oświadczenie, iż znajdujący się we wniosku odwołującego w języku angielskim dokument zawiera sformułowanie jak w tłumaczeniu na język polski plus na końcu „i są używane” i powołuje się na obowiązek wykładani zgodnie z art. 65 k.c. co powinno obejmować również oryginalną wersję referencji wystawionej przez Delhi Metro Rail Corporation LTD.

Izba uznaje za prawidłowe stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym referencja Nr 7 B przedstawiona przez odwołującego na str. 104 do poz. wykazu nr 7 odnosi się od pozycji 6 wykazu. Bowiem w obydwu referencjach to jest Nr 6 B i Nr 7 B wystawionych przez Delhi Metro Rail Corporation LTD stwierdza się, że dotyczą umowy SYS-1 (systemy

telekomunikacyjne). Reasumując na potwierdzenie poz. 6 wykazu są przedstawione dwie referencje tj. Nr 6 B i Nr 7 B.

Izba na podstawie przeprowadzonych dowodów i wyjaśnień stron uznaje, że referencja Nr 6 B nie potwierdza należytego wykonania dostaw oraz usług, ponieważ wynika z niej tylko to, że prace zostały zakończone zgodnie z aktualnym stanem techniki co nie oznacza np. terminowego wykonania umowy. Zamawiający również w odniesieniu do tej referencji prawidłowo zastosował się do wytycznych ww wyroku KIO 858/12 wydanego w związku z tzw. doświadczeniem warszawskim we wniosku Siemens.

Również nie można zastosować dyspozycji z art.65 ust.1 kc. w zw. z art.14 ustawy, aby z deklaracji w języku angielskim wywieść, że efekt prac jest „używany”. Bowiern kodeks cywilny stosuje się jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z uwagi na treść art. 9 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych o prowadzeniu postępowań w języku polskim w zw. z § 6 ust.4 ww rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów o obowiązku składania dokumentów obcojęzycznych w tłumaczeniu na język polski, jeżeli nie ma zgody zamawiającego na stosowanie języka obcego, zamawiający powinien brać pod uwagę dokumenty przetłumaczone na język polski, a nie w wersji obcojęzycznej.

Izba nie akceptuje poglądu odwołującego, że dokument na potwierdzenie należytego wykonania dostawy, usługi można zdyskwalifikować tylko gdy jest kontr dokument. W ocenie Izby dokument taki można również zakwestionować, jeżeli jego treść nie wypełnia wymogu potwierdzenia należytego wykonania dostawy, usługi.

Pozycja 7 Wykazu (dowód nr 7) i referencja Nr 7 B (dowód nr 13)

Izba ustaliła i zważyła

Na podstawie przeprowadzonych dowodów i wyjaśnień stron na rozprawie Izba nie zaliczyła pozycji 7 wykazu jako potwierdzonego prawidłowym wykonaniem dostaw i usług, ponieważ w treści referencji nie stwierdza się należytego wykonania oraz prace również mogły być oddane ponad trzy lata przed terminem składania wniosków.

Dokument referencji stwierdza, że prace przebiegają zgodnie z planem. Z daty jego wystawienia dnia 31 maja 2010 r. oraz zapisów w treści wynika, że pierwszy odcinek do eksploatacji „od 2008” a w „zakończenie 2013”. Dokument nie identyfikuje jaki odcinek do eksploatacji, tym bardziej, że nie ma daty jego oddania do użytku tylko jest data „od 2008” i data zakończenia „2013”, która jeszcze nie nastąpiła. Stąd wniosek, że data od 2008r. może również oznaczać oddanie przed terminem składania wniosków i to może oznaczać okres dłuższy niż 3 lata w stosunku do terminu składania wniosków, który był wyznaczony na dzień

27 października 2011r. (vide ogłoszenie o zamówieniu pkt III.2.3)ppkt 2 w zw. z pkt IV.3.4.) Znaczenie przy nie zaliczeniu tej pozycji Wykazu ma także zapis w referencji „prace przebiegają zgodnie z planem” i „wykazał się dobrymi możliwościami technicznymi, profesjonalnymi relacjami oraz użyciem odpowiedniego sprzętu do wykonania dostaw oraz usług” co nie oznacza, że zamówienie zostało zrealizowane i to należyście.

Pozycja 8 Wykazu (dowód nr 7)

Izba ustaliła i zważyła

Pozycja 8 Wykazu jest poza przedmiotem sporu, ponieważ zamawiający oświadczył, że zaliczył ją w całości do punktacji, czemu odwołujący nie zaprzeczył.

Pozycja 9 Wykazu (dowód nr 7) i referencja Nr 9 A (dowód nr 15)

Izba ustaliła i zważyła

Na podstawie przeprowadzonych dowodów i wyjaśnień stron na rozprawie Izba nie zaliczyła pozycji 9 wykazu jako potwierdzonego prawidłowym wykonaniem dostaw i usług, ponieważ w treści referencji nie stwierdza się należytego wykonania oraz prace nie zostały zakończone.

W przedstawionej referencji Nr 9 A str. 98 wniosku stwierdza się, że zakończenie projektu przewiduje się na koniec 2011, a dokument referencji wystawiono w dniu 9 lutego 2010 r. Zwraca również uwagę fakt, iż istnieje sprzeczność między treścią wykazu a referencji, ponieważ w referencji widnieje zapis „projekt przeprowadzono od końca 2008 roku”, a wykazie „od 1 stycznia 2009 r.” Nie mniej istotne jest stwierdzenie w referencji, że wystawiono ją w czasie trwania prac czyli prace nie zostały nawet zakończone.

Poza tym ze stwierdzenia, iż „udowodniono zdolność technologiczną i doświadczenie Thales w tego rodzajach projektach bezpieczeństwa miejskiego” nie oznacza, że wykonano zamówienia należyście, tym bardziej, że jest to inwestycja nie zakończona co również wynika z treści referencji.

Pozycja 10 Wykazu (dowód nr 7)

Izba ustaliła i zważyła

Pozycja 10 Wykazu jest poza przedmiotem sporu, ponieważ zamawiający oświadczył, że zaliczył ją w całości do punktacji, czemu odwołujący nie zaprzeczył.

Pozycja 11 Wykazu (dowód nr 7)

Izba ustaliła i zważyła

Pozycja 11 Wykazu jest poza przedmiotem sporu, ponieważ zamawiający oświadczył, że zaliczył ją w całości do punktacji, czemu odwołujący nie zaprzeczył.

Pozycja 12 Wykazu (dowód nr 7) i referencja Nr 12 A (dowód nr 18)

Izba ustaliła i zważyła

Na podstawie przeprowadzonych dowodów i wyjaśnień stron na rozprawie Izba nie zaliczyła pozycji 12 wykazu jako potwierzonego prawidłowym wykonaniem dostaw i usług, ponieważ w treści referencji nie stwierdza się należytego wykonania przedmiotowej usługi co również przyznał odwołujący, żądając wezwania do uzupełnienia dokumentu.

Należy przyznać rację zamawiającemu, że z przedłożonych „oświadczeń nr 12A” na stronach od 116 do 118 wniosku nie wynika, że oświadczenie to ma dalszy ciąg, ponieważ na jego str. 3 są podpisy i daty oraz nie ma stwierdzenia, że pismo to może zawierać załączniki świadczące o dalszej części.

Również istotne jest to, że w pozycji 12 wykazu jest skrócony wymóg w stosunku do ogłoszenia, który nie zawiera dopisku z ogłoszenia „zarządzający minimum 50 pojazdami z zainstalowanymi nadajnikami radiowymi priorytetu przejazdu na skrzyżowaniach”. W dokumencie referencji (oświadczenie) nie poświadcza się, że ta referencja dotyczy „priorytetu przejazdu na skrzyżowaniu” bądź „system zarządzania środkami komunikacji miejskiej w systemie wymaganym przez zamawiającego”. Natomiast bezspornie z referencji wynika, że dotyczy systemu taryfowo-biletowego metropolitalnego (systemu karty miejskiej). Dokument ten nie również nie zawiera jak pozostałe dokumenty stwierdzenia o prawidłowym wykonaniu umowy tylko o możliwościach technicznych wykonawcy.

Tak więc zarzut Nr 2 odwołania również nie potwierdził się.

Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wniosku odwołującego co Izba sprawdziła na rozprawie przeprowadzając powyżej opisane dowody.

Z powyżej przedstawionej oceny pozycji z wykazu oraz dołączonych do nich referencji wynika, które pozycje wykazu nie zostały zaliczone do punktacji lub częściowo zostały zaliczone (poz.1 wykazu). Gołosłowny okazał się zarzut podniesiony w uzasadnieniu odwołania oraz na rozprawie co do tego, że „Jeżeli chodzi o pozycję 5 wykazu i odnoszącą się do tego referencji nr 5 nr B Mitsubishi to nie wiemy faktycznie jak zachował się tu

Zamawiający, ponieważ generalnie na str. 6 oceny z 5 czerwca 2012 r. zapisał, że pozycje wykazu m. in. 5.8.11 spełnia Odwołujący. Ma odwołujący wątpliwości, ponieważ w zbiorczym zestawieniu czynności przy ocenie warunków tabela załączona do warunków wynika, że przy drugiej fazie oceny ma zaliczone trzy dostawy, a w pierwotnej miał zaliczone 4, czyli z tego wynika, że Zamawiający zmienił ocenę w zakresie pozycji wykazu 5.8.11 o czym nas w ocenie nie zawiadomił.”

Bowiem zamawiający w piśmie z dnia 05.06.2012r. Informacja o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków na str. 6 pisma skierowanego do wykonawców poinformował, że warunek nr 2 udziału w postępowaniu spełniają i podlegają ocenie dostawy wykazane w poz.:1(spełnia tylko war. Nr 2 pkt 1.1. i 6),2, 3, 5, 8, 10 i 11.

Z przeprowadzonego postępowania dowodowego również wynika, że zamawiający nie przekroczył granic oceny referencji w zakresie obowiązującego na tle orzecznictwa wymogu co do ich treści. Bowiem zamawiający nie uznawał poszczególnych dostaw lub usług w sytuacjach gdy z referencji wynikało, że dotyczą innych dostaw lub usług niż wskazane w wykazie oraz gdy z referencji nie wynikało należyte ich wykonanie a także gdy z referencji wynikało, że dostawy lub usługi są nie zrealizowane (w toku) lub też w razie sprzeczności między treścią referencji a pozycją wykazu, której referencja miała służyć oraz w innych przypadkach opisanych powyżej.

Co do braku obowiązku wzywania do uzupełniania lub wyjaśniania referencji Izba wypowiedziała się w zarzucie Nr 3 odnoszącym się do braku wezwania w trybie art.26 ust 3 ustawy czy braku wezwania do wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy.

Podsumowując ustalenia na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów postępowanie zamawiającego nie naruszało wskazanych w odwołaniu przepisów to jest art.14 ustawy w zw. z art.65 § 1 k.c. oraz § 1 ust.1 pkt 3 powyżej przywołanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Zarzut Nr 3

Co do wystąpienia zamawiającego tylko do części wykonawców o uzupełnienie dokumentów przy ustalaniu wyników oceny

Izba ustaliła

Odwołujący przedstawił na rozprawie następujące stanowisko do zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Uważa, że zamawiający nie równo traktuje wykonawców, ponieważ z art. 26 ust. 3 ustawy wezwał do uzupełnienia dokumentów pozostałych wykonawców przy pierwszej ocenie, a odwołującego nie wezwał. Pomimo, iż objęcie wezwaniem dotyczyło nie tylko spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu a skutki tych wezwań dotyczyły również punktacji u tych wykonawców. Zamawiający nie powinien zaniechać wezwania odwołującego czy to w trybie 26 ust. 3 czy ust. 4 ustawy. Podkreśla, iż na etapie pierwszej oceny wniosku nie mógł domagać się wezwania o uzupełnienie dokumentów, ponieważ wszystkie oświadczenia w zakresie przedstawionego w wykazie doświadczenia były przedmiotem punktacji i zostały uwzględnione. Reasumując tam, gdzie aktualnie warunki odwołującego w zakresie doświadczenia w ocenie zamawiającego nie są spełnione powinien być wezwany czy to w trybie art. 26 ust. 3 czy 4 ustawy.

Zamawiający na rozprawie przedstawił następujące stanowisko.

Zamawiający przy ocenie punktowej po raz drugi 5 czerwca 2012r. uwzględnił wyrok z 15 maja 2012r. zarówno KIO 858/12 jak i KIO 861/12, gdzie do referencji Siemens ustalono, iż referencja ta nie może służyć do potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie zamawiający uznał, że każda referencja złożona przez wykonawców w świetle wyroku KIO przywołanego powyżej powinna być oceniona w kontekście zapadłego wyroku, czyli również inne referencje złożone przez wykonawców. Zamawiający miał obowiązek wzywać ale do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na okoliczność, iż również odwołujący był wzywany do wyjaśnień i nieścisłości zawartych w referencji wskazał pismo zamawiającego z dnia 6 lutego 2012r. i udzieloną odpowiedź z dnia 8 lutego 2012 r. odnoszące się do pozycji 10 wykazu zrealizowanych usług. Celem było wyjaśnienie nieścisłości referencji i to zostało wyjaśnione oraz zaakceptowane przez zamawiającego. Wniósł na rozprawie o przeprowadzenie dowodu z pism z 6 lutego 2012 r. i 8 lutego 2012 r.

Izba przeprowadziła wskazany przez zamawiającego dowód.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że na etapie pierwszej oceny zarówno zamawiający jak i odwołujący jednakowo rozumieli obowiązek do wzywania do uzupełnienia dokumentów, tj. tylko dla spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Rezultatem poprzednich dwóch odwołań i wyrokowania KIO w sprawie 858/12 i 861/12 było, że ten sam dokument ma podlegać ocenie zarówno co do spełnienia warunków jak i do oceny. Ale występuje ścisły podział granicy tych czynności, tj. gdyż wzywa do uzupełnienia dokumentów celem ustalenia warunków, a celem przyznawania punktów nie wzywa.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, że wezwanie do wyjaśnienia było związane z tym, że gdyby ono nie nastąpiło to odwołujący byłby wykluczony z postępowania. W związku z tym,

że wyjaśnienie było skuteczne to Odwołujący nie był już wzywany do uzupełnienia dokumentu.

Potwierdza, że przy pierwszej ocenie wzywał na potwierdzenie, a nie na punktację. Po wyroku natomiast nie wzywał nikogo i wzywali byśmy tylko wtedy, kiedy zaszłaby konieczność wyjaśnień lub uzupełnień dla minimalnych warunków. Natomiast odwołujący spełnia minimalne warunki.

Odwołujący na rozprawie wniósł o przeprowadzenie dowodu z pism, o których mowa na str. 6 odwołania wzywających przed pierwszą oceną wykonawców do uzupełnienia dokumentów chyba, że zamawiający przyzna, że dokumenty udostępnione w wyniku uzupełnienia były uwzględniane na etapie punktacji.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że dokumenty, które przywołuje odwołujący były brane pod uwagę przy punktowaniu. Takie postępowanie zamawiającego również dotyczy odwołującego.

W związku z udzieloną odpowiedzią przez zamawiającego, odwołujący cofnął wniosek dowodowy.

Izba zważyła

Zarzut odwołującego co do wzywania tylko niektórych wykonawców do uzupełnienia czy wyjaśnienia dokumentów nie potwierdził się. Jak wynika z dowodów przeprowadzonych na rozprawie zamawiający wzywał wykonawców tylko w pierwszej ocenie wniosków w tym odwołującego. Natomiast po wyroku KIO 858/12 nie wzywał żadnych wykonawców.

Natomiast potwierdziło się, że wezwania przy pierwszej ocenie wynikały z sytuacji, że wykonawcom groziło wykluczenie z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Również przyznał zamawiający, że uzupełnione dokumenty czy wyjaśnienia służyły do punktacji wniosków w drugiej ich ocenie. Takie postępowanie zamawiającego dotyczyło wszystkich wykonawców w tym odwołującego, na co przeprowadzono dowód na rozprawie. Wobec powyższego Izba uznała takie postępowanie zamawiającego za uzasadnione.

W związku z powyższym Izba nie stwierdza braku równego traktowania wykonawców.

Również Izba potwierdza brak podstaw do wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnień w drugiej punktacji to jest po wyroku KIO 858/12, ponieważ odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu. Ewentualne wezwanie odwołującego naruszyłoby zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Reasumując Izba nie stwierdziła naruszenia art.7 ust.1 ustawy w związku z art.26 ust.3 ustawy poprzez nie wezwanie odwołującego w drugiej ocenie wniosków do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia a co podnosił odwołujący w odwołaniu.

Izba również nie stwierdziła w toku rozpoznania odwołania naruszenia wskazanych w odwołaniu art.24 ust.2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust.1 oraz art.26 ust.4 ustawy oraz § 1 ust.1 pkt 3 powyżej przywołanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Podsumowując całość zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba na podstawie przeprowadzonego dowodu z wyroku KIO 858/12 i 861/12 nie stwierdziła aby zamawiający wykonując Wyrok poprzez dokonanie ponownej oceny i punktacji wniosków naruszył wytyczne Izby zawarte w w Wyrokach. Również ponowna punktacja wszystkich wniosków, które spełniają warunki udziału w postępowaniu w dniu 05.06.2012r. była uprawniona, ponieważ wynikała wprost z sentencji wyroku KIO 858/12, o czym Izba wypowiedziała się powyżej w niniejszym uzasadnieniu.

W związku z tym, że żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu nie potwierdził się odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania.

Przewodniczący: