

WYROK
z dnia 11 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Edyta Skowrońska

Usunięto:

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie w dniu / w dniach 11 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mennica Polska S.A., ul. Pereca 21, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8, Wrocław** protestu / protestów z dnia 27 grudnia 2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **ASEC s.a., ul. Olszańska 5, Kraków** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Mennica Polska S.A. oraz odrzucenia jego oferty, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Gmina Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8, Wrocław**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mennica Polska S.A., ul. Pereca 21, Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Gminę Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8, Wrocław** na rzecz **Mennica Polska S.A., ul. Pereca 21, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mennica Polska S.A., ul. Pereca 21, Warszawa**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wdrożenie i obsługę systemu Wrocławskiej Karty Miejskiej”.

W postępowaniu oferty złożyły oferty dwa podmioty – Mennica Polska S.A. oraz Konsorcjum firm ASEC S.A. z Krakowa, On Track Innovations Ltd. ZHR Industrial Zone Konsulting z Izraela, Link Consulting Technologies de Informacjo SA z Portugalii – zwane dalej Konsorcjum ASEC.

W dniu 14 grudnia 2007r. Zamawiający skierował do Mennicy Polskiej S.A. wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień. Dotyczyć one miały zakresu doświadczenia wykonawcy, następstwa prawnego między Mennicą Polską S.A. a Mennicą Państwową S.A., przedłożenia dokumentu ubezpieczenia oraz dysponowania osobami które będą wykonywać zamówienie.

W dniu 18 grudnia 2007r. Mennica Polska S.A. dostarczyła dokumenty i wyjaśnienia. W dniu 20 grudnia 2007r. zamawiający powiadomił Mennicę Polską S.A. o wyborze najkorzystniejszej oferty – Konsorcjum ASEC oraz o wykonawcach wykluczonych – Mennicy Polskiej S.A. Wykluczenie nastąpiło w wyniku uznania, że w uzupełnieniu dokumentów nie potwierdzono warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W wyniku powyższego w dniu 27 grudnia 2007r. Mennica Polska S.A. złożyła protest w którym wskazała, że jej wykluczenie z postępowania było bezzasadne.

Na potwierdzenie swojej tezy argumentowała tym, że Robert Machajek spełnia wymagania postawione przez zamawiającego ponieważ odpowiadał on jako Kierownik Sekcji utrzymania systemów informatycznych w Mennicy Polskiej S.A oraz jako kierownik projektu realizowanego w Warszawie za oprogramowanie i obsługę terminali i systemu oraz nadzór nad podwykonawcami. Ponadto protestujący wskazał, że warunek postawiony przez zamawiającego dopuszczał możliwość pełnienia równorzędnych funkcji przez osoby zgłoszone w ofertach a Robert Machajek był kierownikiem projektu w którym oprogramowanie i obsługa terminali była nadzorowana bezpośrednio przez kierownika a reszta za pośrednictwem podwykonawców.

Ponadto wskazano, że Sławomir Orłowski do 2004r. był odpowiedzialny za „oprogramowanie i obsługę terminali oraz automatów służących do kodowania biletów komunikacji miejskiej i przedpłat parkingowych w Warszawie” a tym samym spełnił wymagania zamawiającego.

Wskazano ponadto, że Sebastian Borowski pełnił funkcję Menedżera ds. rozwoju i specjalisty ds. Marketingu a jednocześnie był Kierownikiem Projektu w tym zakresie a zamawiający mógł zweryfikować tą informację poprzez sięgnięcie do posiadanych danych z poprzedniego postępowania gdzie Sebastian Borowski wskazywał że w negowanych obecnie projektach pełnił funkcję kierownika. Ponadto wskazano, że zamawiający nie miał

wiedzy na temat wewnętrznej organizacji Mennicy w wyniku czego nie zweryfikował w sposób prawidłowy informacji na temat pełnienia funkcji menedżera ds. rozwoju oraz Dyrektora Działu Systemów Miejskich przez Sebastiana Borowskiego.

Protestujący argumentował ponadto, że w poprzednim postępowaniu na tożsamy przedmiot zamówienia postawiono identyczne warunki i uznano, że ww. osoby spełniają stawiane im wymagania.

Mennica Polska S.A. wskazała ponadto, że projekt przechodzi przez różne fazy wykonania – w wyniku czego w poszczególnych fazach wykonania funkcje kierownika projektu pełnią inne osoby – specjaliści w swoich zakresach w związku z powyższym Sławomir Orłowski był kierownikiem projektu w fazie przygotowywania oprogramowania i opracowywania zasad obsługi terminali i automatów do kodowania, Robert Machajek był kierownikiem projektu w fazie tworzenia i utrzymywania systemu centralnego oraz najbardziej aktywnego korzystania z podwykonawców do realizacji systemu a Sebastian Borowski był kierownikiem projektu w fazie wdrożenia aplikacji przedpłat parkingowych.

Odnosnie wykonawcy – Konsorcjum ASEC i jego oferty Mennica wskazała na to, że powinien on podlegać wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu.

Argumentowała tym, że złożone kopie dokumentów nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ponadto wskazano, że Marek Wądołek, Jerzy Gałuszka, Bartłomiej Dubas i Krzysztof Kamiński nie byli i nie mogli być kierownikami projektu Warszawska Karta Miejska w wyniku czego informacja podana przez Konsorcjum ASEC jest nieprawdziwa co w konsekwencji powinno prowadzić do wykluczenia tego podmiotu z postępowania. Ponadto co do osoby Joao Almeida wskazano, że był on kierownikiem projektu i specjalistą konsultantem w tym samym projekcie co w analogicznych sytuacjach spowodowało wykluczenie z postępowania Mennicy. Jorze Mendes był kierownikiem projektu nie polegającego na wdrożeniu i obsłudze wieloaplikacyjnego systemu karty miejskiej ale jedynie wbudowania oprogramowania do urządzeń kontrolnych i automatów a więc nie spełnia wymagań zamawiającego.

Ponadto wskazano, że gwarancje bankowe Pekso S.A. oraz Fortis Bank S.A. były wystawione wyłącznie dla ASEC S.A. i nie wynikało aby dotyczyły oferty wspólnej. Wskazano na orzecznictwo w zakresie kwestii przenoszalności praw z gwarancji w przypadku ofert wspólnych.

Wskazano ponadto na fakt złożenia oświadczenia na okoliczność nie zalegania ze składkami ubezpieczeniowymi przez członka Konsorcjum ASEC – firmę On Track Innovation z Izraela pomimo, że w tym kraju istnieje urząd będący odpowiednikiem polskiego ZUS – Bituah Haleumi i wydaje on stosowne zaświadczenia. Ponadto analogicznie wskazano, że nie wystarczy oświadczenie złożone przed notariuszem w przypadku zastąpienia KRK gdyż

w Izraelu policja wydaje stosowną informację na ten temat. Ponadto wskazano na niemożność zastąpienia tych dokumentów przez zaświadczenia z ambasady Izraela.

Odnośnie dokumentów firmy LINK Consulting Tecnologias Informacjo wskazano, że zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Instytut Publiczny Centrum Ubezpieczeń Społecznych okręgu Lizbony potwierdza brak zaległości w składkach na ubezpieczenie społeczne a nie zdrowotne a ponadto nie jest podpisane więc nie spełnia wymagań przepisów KC odnośnie dokumentu pisemnego. Ponadto wskazano na nieprawidłowe potwierdzenie za zgodność z oryginałem tego dokumentu. Wskazano na brak zaświadczenia o niekaralności dla podmiotu zbiorowego pomimo, że w Portugalii takie dokumenty są wydawane.

Wskazano na to, że oferta Konsorcjum ASEC powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z powodu zastrzeżenia w niej informacji związanych z ceną oferty – sprzecznie z zasadą jawności.

Ponadto wskazano, że oferta Konsorcjum ASEC powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 gdyż zgodnie z uchwałą Rady Dyrektorów ustanawiającej zasady reprezentacji On Track Innovation Ltd. Członkowie zarządu mogą łącznie reprezentować spółkę wyłącznie wówczas gdy składają podpisy łącznie z pieczęcią lub drukowaną nazwą spółki a tymczasem w pełnomocnictwie dla ASEC S.A. nie ma tych elementów.

W dniu 28 grudnia 2007r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum ASEC. Wskazano na konieczność oddalenia protestu w pełnym zakresie. Zakwestionowano doświadczenie zawodowe Sławomira Orłowskiego oraz Sebastiana Borowskiego w kontekście wymogów SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto wskazano, że bezzasadny jest zarzut związany z nienależytą oceną oferty Konsorcjum ASEC. Podniesiono również kwestię interesu prawnego protestującego w odniesieniu do kwestionowania oferty Konsorcjum. Ponadto za bezzasadne uznano zarzuty dotyczące nie potwierdzenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów, zarzuty nie spełnienia przez osoby wskazane w ofercie Konsorcjum ASEC wymogów SIWZ. Ponadto wskazano, że gwarancje dołączone do oferty Konsorcjum są jak najbardziej prawidłowe i kwestionowanie ich jest bezzasadne oraz przytoczono orzeczenia ZA. Dalej stwierdzono, że bezzasadne są zarzuty dotyczące nie złożenia wymaganych dokumentów przez On Track Innovations jak również przez Link Consulting Tecnologias de Informacao S.A. Na koniec odniesiono się do zarzutów bezzasadnej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nieprawidłowości pełnomocnictwa On Track Innovations uznając je za bezzasadne.

Zamawiający w dniu 7 stycznia 2008r. dokonał rozstrzygnięcia w postaci oddalenia protestu. W argumentacji wskazał, że w odniesieniu do Roberta Machajka nie kwestionował spełnienia przez niego wymagań SIWZ. W przypadku Sławomira Orłowskiego wykonawca

nie wskazał, że był on „Kierownikiem projektu w zakresie oprogramowania terminali i systemu centralnego oraz nadzoru nad podwykonawcami” tak jak wskazano odnośnie Roberta Machajka. Wskazano ponadto, że nie można utożsamiać posiadania w zakresie swoich obowiązków zajmowania się określonymi aspektami projektu z kierowania tym projektem. Ponadto wskazano na nie dostarczenie informacji co do rozłączości zadań Roberta Machajka i Sławomira Orłowskiego przy fakcie pełnienia równorzędnych funkcji kierowniczych w ramach tego samego zakresu zadań. W odniesieniu do postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego w 2006r. stwierdzono, że oceniono spełnianie warunków przez Ewę Janiszewską, Roberta Machajka i Sebastiana Borowskiego a nie zażądano wyjaśnień dotyczących Sławomira Orłowskiego gdyż warunek dotyczył 3 osób.

Wskazano, że w wyjaśnieniach dotyczących Sebastiana Borowskiego wykonawca nie wskazał zakresu wykonywanych czynności po zmianieniu jego funkcji pomimo, że konieczność taka wynikała z wezwania do wyjaśnień. Wykonawca nie skomentował i nie wyjaśnił zmiany nazwy funkcji pełnionej w ramach projektu realizowanego w Warszawie ze specjalisty na Kierownika projektu pomimo, że taka zmiana miała kluczowe znaczenie.

W odniesieniu do protestu w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum ASEC i oferty tego konsorcjum wskazano, że Mennica Polska S.A. nie ma interesu prawnego w podnoszeniu tych aspektów. Powołano się na brzmienie komentarza J. Pieroga oraz na wyroki Zespołów Arbitrów i w konsekwencji wskazano, że w tym zakresie protest podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji po stronie Mennicy Polskiej S.A.

Pomimo wcześniejszej argumentacji wskazano na merytoryczne powody oddalenia protestu w tym zakresie. Odnośnie braku potwierdzenia kopii dokumentów wskazano, że w ofercie znajdują się jedynie dokumenty w oryginałach lub potwierdzone za zgodność z oryginałem zgodnie z zasadami SIWZ. Wskazano, że w ocenie zamawiającego Joao Almeida z pewnością spełnia wymagania zamawiającego gdyż uczestniczył we wdrożeniu Centralnego Systemu Zarządzania i Rozliczania Transakcji Lizbońskiego Systemu Regionalnego Wydawania Biletów i Pobierania Opłat. Odnośnie do Joel Teixeira wskazano, że jego osoba nie budziła wątpliwości zamawiającego. Ponadto wskazano, że Jorge Manuel Duarte de Oliviera Leandro został wskazany przez Konsorcjum ASEC w wyniku wezwania. W wyniku powyższego spełniono warunek dotyczący kadry w tym zakresie.

Odnośnie aspektów wadium – tj. gwarancji wystawionej wyłącznie odnośnie ASEC S.A. wskazano, że istnieje w tym zakresie niejednolita linia orzecznicza ZA – podano przykłady wyroków. Ponadto wskazano, że gwarancje złożone w ofercie mają klauzule „na pierwsze żądanie” i są bezwarunkowe w wyniku czego gmina Wrocław w celu uzyskania kwoty z tych gwarancji musiałaby tylko złożyć oświadczenie. Dalej wskazano, że w orzeczeniach ZA wielokrotnie przewija się kwesta dokonania zabezpieczenia wadialnego

przez Lidera Konsorcjum a wyroki potwierdzają argumentację Zamawiającego. Odnośnie możliwości żądania umowy konsorcjum wskazano, że zamawiający może to zrobić przed zawarciem umowy a ponadto w umowach zawartych przez konsorcjantów zawarto się jednoznaczne stwierdzenie dotyczące możliwości domagania się ustanowienia zabezpieczenia lub zabezpieczeń jakie mają zostać ustanowione przed złożeniem oferty.

Odnośnie dokumentów podmiotowych firmy On Track Innovation z Izraela wskazano, że wykonawca uzyskał z ambasady Izraela w Warszawie informację z której wynika, że Bituah Haleumi nie wydaje zaświadczeń o nie zaleganiu w uiszczaniu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne firm zarejestrowanych na terytorium państwa Izrael a ponadto, że policja nie wydaje zaświadczeń o niekaralności członków zarządu osób prawnych zarejestrowanych w Izraelu. W wyniku powyższego oświadczenia złożone przed notariuszem okazały się wystarczające do stwierdzenia nie podlegania wykluczeniu z postępowania tej firmy.

Odnośnie braku potwierdzenia nie zalegania ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne przez zaświadczenie LINK Consulting Tecnologias Informacao wskazano na brzmienie dyrektywy 2004/18/UE z której wynika, że z udziału w postępowaniu można wykluczyć wykonawcę który nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne. Konkludowano, że Zamawiający nie jest uprawniony do wyciągania wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji z tego powodu, że zastosował się on bezpośrednio do postanowień Dyrektywy. Na dowód powyższego dołączono wyrok Sądu Okręgowego. Ponadto wskazano, że ww. firma złożyła oświadczenie o nie zaleganiu ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne.

Ponadto wskazano, że skoro w innych porządkach prawnych inne niż notariusze organy czy instytucje są uprawnione do potwierdzania okazanych dokumentów za zgodność z oryginałem czy „poświadczenia fotokopii” to poświadczenia takie mogą zastępować dokument oryginalny. W poświadczeniach w ofercie ASEC znajduje się oświadczenie „stwierdzam zgodność wyżej wymienionej fotokopii z okazanym mi zaświadczeniem, które następnie zwróciłam” – ale oczywistym jest, że zwrot nastąpił na rzecz podmiotu okazującego. Odnośnie oświadczenia ambasady Portugalii wskazano, że protestujący nie dostarczył żadnych dowodów obalających jego prawdziwość.

Odnośnie nieuzasadnionej tajemnicy przedsiębiorstwa wskazano, że załącznik nr 3 do oferty Konsorcjum ASEC nie zawiera żadnych elementów o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych a protestujący nie odróżnia elementów ceny od elementów cenotwórczych. Ponadto wskazano, że nieuzasadnione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić podstawy odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 1 i podano wyroki ZA oraz uchwałę Sądu Najwyższego.

Wskazano na to, że pełnomocnictwo udzielone przez On Track Innovations dla ASEC S.A. było przygotowane na papierze z wydrukowaną nazwą firmy OTI a więc w pełni odpowiadało zasadom wynikającym z uchwały Rady Dyrektorów z dnia 17 sierpnia 1996r.

Na koniec zamawiający wskazał na to, że protestujący bezzasadnie zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 2 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych a naruszenie § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane jest nieuzasadnione a ponadto uznać je należy za spóźnione.

W dniu 11.01.2008r. wniesiono odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu zarzucono zamawiającemu niezgodne z prawem wykluczenie z postępowania Mennicy Polskiej S.A., naruszenie ustawy w związku z wyborem oferty Konsorcjum ASEC oraz zaniechanie odrzucenia oferty oraz wykluczenia z postępowania Konsorcjum ASEC. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 78 KC, art. 9, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2, 3, 4, art. 26 ust. 4m art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz § 1 ust. 2 pkt 5, § 2 ust. 1 pkt 1 lit b w zw. z ust. 3, § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

W argumentacji podniesiono, że Sławomir Orłowski do 2004r. był odpowiedzialny za „oprogramowanie i obsługę terminali oraz automatów służących do kodowania biletów komunikacji miejskiej i przedpłat parkingowych w Warszawie” a tym samym spełnił wymagania zamawiającego. Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, że w jednym projekcie kierownikiem może być wyłącznie jedna osoba a okres pełnienia funkcji kierownika projektu ma trwać tyle ile projekt. Wskazano, że zamawiający pominął informacje wynikające z wyjaśnień na temat Sławomira Orłowskiego.

W odniesieniu do Sławomira Borowskiego wskazano, że zamawiający postąpił dwuznacznie gdyż poprzednio uznał, że spełnia ten warunek. Powtórzono ponadto m.in., że Sebastian Borowski pełnił funkcję Menedżera ds. rozwoju i specjalisty ds. Marketingu a jednocześnie był Kierownikiem Projektu w tym zakresie a zamawiający mógł zweryfikować tą informację poprzez sięgnięcie do posiadanych danych z poprzedniego postępowania gdzie Sebastian Borowski wskazywał że w negowanych obecnie projektach pełnił funkcję kierownika. Ponadto wskazano, że zamawiający nie miał wiedzy na temat wewnętrznej organizacji Mennicy w wyniku czego nie zweryfikował w sposób prawidłowy informacji na temat pełnienia funkcji menedżera ds. rozwoju oraz Dyrektora Działu Systemów Miejskich przez Sebastiana Borowskiego. Podnoszono ponadto, że zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania.

Odwołujący podtrzymał zarzuty podnoszone w proteście a dotyczące Konsorcjum ASEC. Wskazano na błędny pogląd zamawiającego odnośnie konieczności oddalenia protestu ze względu na brak interesu prawnego.

Powtórzono zarzuty dotyczące kadry zgłoszonej przez Konsorcjum i wskazano, że Marek Wądołek, Jerzy Gałuszka, Bartłomiej Dubas, Krzysztof Kamiński oraz Jorze Mendes i Joao Almeida nie spełniają warunków SIWZ.

Podtrzymano zarzut dotyczący nieprawidłowego wadium. Wskazano, że obie złożone gwarancje zawierają zastrzeżenia o nieprzenaszalności. Wskazano, że argumentacja zawarta w rozstrzygnięciu protestu potwierdza tezy odwołującego.

Powtórzono zarzuty dotyczące wad dokumentów On Track Innovation - wskazano na fakt złożenia oświadczenia na okoliczność nie zalegania ze składkami ubezpieczeniowymi przez członka Konsorcjum ASEC – firmę On Track Innovation z Izraela pomimo, że w tym kraju istnieje urząd będący odpowiednikiem polskiego ZUS – Bituah Haleumi i wydaje on stosowne zaświadczenia. Ponadto analogicznie wskazano, że nie wystarczy oświadczenie złożone przed notariuszem w przypadku zastąpienia KRK gdyż w Izraelu policja wydaje stosowną informację na ten temat. Ponadto wskazano na niemożność zastąpienia tych dokumentów przez zaświadczenia z ambasady Izraela.

Powtórzono zarzuty dotyczące wad złożonej deklaracji o nie zaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne oraz ponadto wskazano na orzeczenia ETS z których wynikało, że przepisy dyrektyw UE znajdują bezpośrednie zastosowanie w prawie krajowym jedynie wtedy jeśli nie zostały wdrożone lub zostały wdrożone nieprawidłowo.

Wskazano na pominięcie w rozstrzygnięciu protestu kwestii nieprawidłowego poświadczenia dokumentu za zgodność z oryginałem przez aplikanta adwokackiego.

Wskazano, że te zarzuty dotyczą również zaświadczenia Podatkowej Dyrekcji Generalnej tj. brak podpisanego dokumentu, brak wersji w języku portugalskim i potwierdzenie przez aplikanta adwokackiego i zwrot zaświadczenia.

Powtórzono ponadto twierdzenia o tym, że złożona przez Konsorcjum ASEC oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Wskazano, że w normie art. 86 ust. 4 ustawy ustawodawca wskazał na konieczność ujawniania wszystkich dotyczących ceny informacji. Podtrzymano twierdzenie o sprzeczności z zasadą jawności i konieczności odrzucenia oferty z tego powodu.

Podtrzymano ponadto argumentację związaną z koniecznością odrzucenia oferty konsorcjum ASEC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych i wskazano, że utożsamienie papieru firmowego z wystąpieniem przy podpisach drukowanej nazwy spółki jest całkowicie nieuprawnione gdyż papier firmowy z napisem w nagłówku nie wyczerpuje jasnego sformułowania wyrażonego w zasadzie reprezentacji spółki iż nazwa spółki ma być wydrukowana przy podpisie.

W dniu 23 stycznia 2008r. wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego Konsorcjum ASEC – po stronie zamawiającego. Przystępujący zażądał oddalenia odwołania.

Tak jak w proteście – zakwestionowano doświadczenie zawodowe Sławomira Orłowskiego oraz Sebastiana Borowskiego w kontekście wymogów SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto wskazano, że bezzasadny jest zarzut związany z nienależytą oceną oferty Konsorcjum ASEC. Podniesiono również kwestię interesu prawnego protestującego w odniesieniu do kwestionowania oferty Konsorcjum. Ponadto za bezzasadne uznano zarzuty dotyczące nie potwierdzenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów, zarzuty nie spełnienia przez osoby wskazane w ofercie Konsorcjum ASEC wymogów SIWZ. Ponadto wskazano, że gwarancje dołączone do oferty Konsorcjum są jak najbardziej prawidłowe i kwestionowanie ich jest bezzasadne oraz przytoczono orzeczenia Zespołów Arbitrów. Dalej stwierdzono, że bezzasadne są zarzuty dotyczące nie złożenia wymaganych dokumentów przez On Track Innovations jak również przez Link Consulting Tecnologias de Informacao S.A. Na koniec odniesiono się do zarzutów bezzasadnej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nieprawidłowości pełnomocnictwa On Track Innovations uznając je za bezzasadne.

Twierdzenie o niemożności jednoczesnego kierowania projektem przez S. Orłowskiego oraz R. Machajka nie znajduje uzasadnienia – Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że organizacja wykonywania projektu leży po stronie wykonawcy – może on wyznaczać kierowników projektu w poszczególnych zakresach jak również ich zastępców, co również nie stoi na przeszkodzie równoległego działania kierowników. Nie wskazanie podetapów realizacji projektu, gdzie czynności kierownika wykonywali R. Machajek lub S. Orłowski nie powinno być powodem uznania, że nie spełniają oni wymogów SIWZ.

Zamawiający wymagał aby wykonawca zapewnił udział we wdrożeniu co najmniej 3 osób, które pełniły funkcje kierowników projektów lub równorzędne w przynajmniej jednym projekcie wdrożeniowym, polegającym na wdrażaniu i obsłudze (na podstawie umowy serwisowej, gwarancyjnej, rozwojowej, maintenance lub podobnej) w ciągu 3 lat przed dniem 23 października 2007r., a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w miastach lub aglomeracjach miejskich liczących powyżej 600.000 mieszkańców wieloaplikacyjnego systemu karty miejskiej zapewniającego korzystanie z co najmniej dwóch aplikacji, w tym z biletu komunikacji miejskiej oraz z co najmniej jednej z następujących aplikacji: karta turystyczna, identyfikator, bilet parkingowy, aplikacja umożliwiająca dokonywanie płatności przy użyciu karty elektronicznej.

Z uwagi na liczbę miast lub aglomeracji w Polsce liczących więcej niż 600.000 mieszkańców warunek ten spowodował ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie do zaledwie kilku podmiotów w kraju i w konsekwencji spowodował konieczność sięgnięcia do specjalistów zagranicznych, pracujących przy projektach w innych krajach. Kluczową kwestią w rozpatrywaniu problemów potwierdzania spełniania tego warunku jest to, KTO tj.

KTÓRY PODMIOT może potwierdzać udział takich osób w projektach oraz ich rolę – nie ulega wątpliwości, że podmiotem tym jest WYKONAWCA danego projektu. To wykonawca danego projektu decyduje o roli poszczególnych osób wykonujących ten projekt i określa ich obowiązki. Tym samym – tylko dany wykonawca dysponuje pełną informacją na temat roli osób w projekcie. Należy wskazać, że teza ta odnosi się zarówno do wykonawcy Mennica Polska S.A. jak również do ASEC S.A. i pozostałych konsorcjantów. W przypadku S. Orłowskiego i S. Borowskiego zamawiający w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień otrzymał informację na temat S. Orłowskiego – o jego udziale w projekcie System Karty Miejskiej w Warszawie, w którym pełnił funkcję zastępcy kierownika sekcji utrzymania systemów informatycznych Mennicy Polskiej – był odpowiedzialny za oprogramowanie i obsługę terminali oraz automatów służących do kodowania biletów komunikacji miejskiej i przedpłat parkingowych. Mennica Polska w proteście i odwołaniu bezpośrednio wskazała, że S. Orłowski był kierownikiem tego projektu w fazie przygotowania oprogramowania i opracowywania zasad obsługi terminali i automatów do kodowania. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby obalić te twierdzenia, oparł się na swoich „wątpliwościach”. Zamawiający wskazał, że S. Orłowski pracował w Mennicy Polskiej do grudnia 2004r. w związku z powyższym nie mógł brać udziału w projekcie System Karty Miejskiej w Warszawie – odwołujący jednak przedłożył umowę z dnia 4.06.2004r. między Miastem Stołecznym Warszawa a Mennicą Państwową S.A., z której wynikało, że Mennica świadczy na rzecz miasta zespół usług związanych z dystrybucją karty elektronicznej, stanowiącej instrument płatności, umożliwiającej wnoszenie opłat za parkowanie. Jako termin rozpoczęcia działań określono 7.06.2004r (dowód – umowa nr 2/MW/FR/2004). Powoduje to, że Mennica jest podmiotem uprawnionym do oświadczenia o roli i zakresie swoich pracowników w wykonywaniu tego projektu w tamtym okresie. W przypadku S. Borowskiego w wyjaśnieniach Mennica Polska S.A. określiła jego stanowisko w projekcie System Karty Miejskiej w Warszawie – Kierownik projektu w zakresie promocji i marketingu podczas wdrożenia przedpłat parkingowych dla ZDM w Warszawie – było to określenie jednoznaczne, które było adekwatne do wymagań zamawiającego (dowód – wyjaśnienia z dnia 18.12.2007r.). Zamawiający w tym przypadku również oparł się na „wątpliwościach”, które posiadał w wyniku analizy różnych postępowań. Izba uznała, że z ostrożnością należy traktować zeznania złożone w trakcie rozprawy przez świadków powołanych na wniosek przystępującego do odwołania. Po pierwsze – są to pracownicy przystępującego, składali wyjaśnienia w obecności członka zarządu tej firmy, a ponadto ze złożonych zeznań nie można wysnuć wniosku o nie pełnieniu funkcji kierowników projektu lub równorzędnych w przypadku S. Orłowskiego i S. Borowskiego. Należy podkreślić, że wymienili oni trzy osoby, które uważali za kierowników projektu – a nie wymienili R. Machajka który został przez zamawiającego uznany za osobę wiarygodną

w tym kontekście. Interpretując więc w sposób bezkrytyczny wyjaśnienia świadków należałoby nakazać zamawiającemu ponowną ocenę ofert i ponowną weryfikację R. Machajka. W przypadku próby weryfikacji R. Machajka jednak zamawiający musiałby się zwrócić do Mennicy Polskiej S.A. – która już potwierdziła jego udział w projekcie.

Należy podkreślić, że jedynym podmiotem który może w sposób jednoznaczny potwierdzić rolę S. Orłowskiego i S. Borowskiego w projekcie System Karty Miejskiej w Warszawie jest wykonawca – Mennica Polska S.A. Takie jednoznaczne wyjaśnienia zostały złożone w niniejszym postępowaniu. Dlatego uwzględniono zarzuty odwołującego w zakresie jego wykluczenia.

Odnosnie zarzutów dotyczących Joao Almeida i Jorge Mendesa oraz Jorge Leandro Izba uznała, że z zasady równego traktowania wynika konieczność oparcia się o dokumenty złożone w ofercie, a okoliczność pełnienia funkcji „kierownika projektu” i „specjalisty konsultanta” w jednym projekcie nie ma znaczenia, gdyż związane jest to z wewnętrzną organizacją pracy w danym projekcie. Ponadto należy stwierdzić, że z dokumentów złożonych w ofercie oraz w wyniku uzupełnienia - wyjaśnienia wynika spełnianie przez te osoby warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty potwierdzające udział danej osoby w projekcie – wystawione przez uprawniony do tego podmiot - należy uznać je za wiarygodne, a twierdzenia strony przeciwnej w przypadku nie dostarczenia dowodu na przywoływane okoliczności – za nieuzasadnione.

Dlatego oddalono zarzuty w zakresie ww. osób.

Odnosnie zarzutów dotyczących M. Wądołka, J. Gałuszki – należało wskazać, że z dokumentów załączonych do oferty wynikało, że w ramach pracy dla ASEC S.A. pełnili oni funkcje kierowników w projekcie Warszawska Karta Miejska – dokumenty te zakwestionował odwołujący, ale nie przywołał na potwierdzenie swoich argumentów żadnych dowodów. Wobec powyższego należało oddalić odwołanie w tym zakresie. Odnosnie B. Dubasa, K. Kamińskiego – należało analogicznie wskazać, że z dokumentów załączonych do oferty nie wynika pełnienie przez nich funkcji kierownika projektu. Z zasady równego traktowania wynika konieczność oparcia się na dokumentach wystawionych przez wykonawców (a w tym konkretnym przypadku – nawet podwykonawcy) danego projektu którzy są właściwymi podmiotami mogącymi potwierdzić udział tych osób w danym charakterze. W przypadku projektu Warszawskiej Karty Miejskiej należało uznać, że ASEC S.A. pełnił na tyle istotną rolę jako podwykonawca (w długim okresie jako jedyny podwykonawca), że dokumenty wystawiane przez tą firmę odnośnie osób pełniących z jej ramienia rolę kierowników w danym projekcie są wiarygodne odnośnie warunków postawionych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Nie uwzględniono zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia Konsorcjum ASEC z powodu wadliwego złożenia wadium. Należy wskazać na to, że z dokumentów złożonych

na rozprawie – w tym wniosku o wydanie gwarancji bankowej w walucie obcej wynikało, że gwarancja udzielana jest dla konsorcjum „OTI, ASEC, LINK”, a ponadto było tam stwierdzenie „Bezwarunkowe zobowiązanie zapłaty zamawiającemu całej kwoty PLN 371 655 - przy jego pierwszym pisemnym żądaniu stwierdzającym, że ASEC nie podpisał umowy lub/i nie złożył gwarancji dobrego wykonania umowy po uprzednim wezwaniu zamawiającego”. Ponadto słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 4 stycznia 2008r. sygn. akt UZP/KIO/23/07, że „Istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest to, że jest to umowa zawierana na rzecz osoby trzeciej, często bez jej wiedzy i zgody. Ma gwarantować zabezpieczenie interesów Zobowiązanego na wypadek gdyby w stosunku istniejącym pomiędzy nim, a beneficjentem gwarancji nastąpiły zdarzenia wymienione w gwarancji. Nie jest zatem tak, że gwarancja wadialna wywiera skutek tylko pomiędzy Zobowiązanym, a Gwarantem.” Należy wskazać również na orzecznictwo Sądu Najwyższego, który w uchwale 7 sędziów z dnia 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93, OSN 1993, nr 10, poz. 166) stwierdził, iż: „bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powoływać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona.” (podobnie SN w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, nr 10, poz. 135); zob. także glosę G. Tracza, PB 1996, nr 2, s. 74-83). Należało uznać, że zabezpieczenie wadialne wniesione przez Konsorcjum ASEC nie powodowało konieczności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Argumentacja dotycząca nieprzenaszalności wadium nie znalazła uzasadnienia – z umowy konsorcjum oraz załączonych na rozprawie dokumentów wynikało bezpośrednio, że w przypadku uchylania się (jakiegokolwiek) od podpisania umowy bank bezwarunkowo dokona wpłaty na rachunek zamawiającego.

Odnosnie zarzutów związanych z koniecznością przedstawienia dokumentów na potwierdzenie nie zalegania ze składkami ubezpieczeniowym i zdrowotnymi, jak również zaświadczeń o niekaralności – odwołujący nie udowodnił faktów występowania takich dokumentów w państwie Izrael. W dokumentacji postępowania – ofercie Konsorcjum ASEC znajduje się dokument wystawiony przez ambasadę Izraela w dniu 3 grudnia 2007r. podpisany przez Avi Friedmana – Radcę Ministra, Radcę Handlowego Ambasady Izraela, z którego wynikało, że wymagane dokumenty nie są wydawane w celu ich przedkładania za granicą. (dowód – oferta Konsorcjum ASEC – str. 000199). Odwołujący, poza stwierdzeniami, nie wniósł żadnego dowodu na potwierdzenie tego, że takie dokumenty w Izraelu są wydawane - swoje przekonanie więc opiera na domniemaniach, a te nie mogą w niniejszej sprawie stanowić dowodu. Tymczasem w konsorcjum ASEC znalazły się

oświadczenia wymagane zamiast dokumentów. Należało więc uznać ten zarzut za niezasadny.

Zarzuty związane z brakiem bądź wadami dokumentów – deklaracji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Instytutu Publicznego – Centrum Ubezpieczeń Społecznych okręgu Lizbony oraz zaświadczenia Podatkowej Dyrekcji Generalnej – należało uznać za uzasadnione, co do nieprawidłowości formy, w jakiej złożone były te dokumenty. W istocie dokumenty te powinny być złożone w formie tłumaczenia przysięgłego z języka portugalskiego oraz być poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę jak wynika z § 4 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 – zwanego dalej „rozporządzeniem”. Odnośnie kwestii bezpośredniego stosowania dyrektyw – należy wskazać, że orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazują w istocie na to, że można je stosować jedynie w przypadku braku ich wdrożenia lub nieprawidłowego wdrożenia. Ustawa Prawo Zamówień Publicznych oraz rozporządzenia wykonawcze spełniają wszystkie wymogi jakie stawiają dyrektywy UE - twierdzenie to Izba opiera o brak jakichkolwiek wyroków i innych rozstrzygnięć organów UE dotyczących nieprawidłowości w zakresie wdrażania dyrektyw UE dotyczących zamówień publicznych. Tym samym uznać należało, że zamawiający powinien dokonać wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 w ponownej ocenie ofert w odniesieniu do ww. dokumentów.

Słusznie stwierdził odwołujący, że ustawodawca rygorystycznie traktuje odstępstwo od zasady jawności – pozbawia wykonawcę możliwości zastrzeżenia zawartych w ofertach informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W istocie nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach muszą być odczytane na otwarciu ofert. Nie ma jednak związku z brzmieniem tego przepisu a elementami zawartymi w części niejawnej oferty Konsorcjum ASEC. Nie można twierdzić, że jakkolwiek element mający wpływ na cenę musi być ujawniony tylko z tego powodu, że taki wpływ wywiera. Jakkolwiek Izba nie jest podmiotem uprawnionym do badania kwestii zasadności utajnienia dokumentów w niniejszej sprawie, to stwierdzić z pewnością należy, że w określeniu ceny – załączniku nr 2 do oferty, znalazły się informacje na temat Ceny sprzedaży Karty Uproszczonej brutto – 2,56 zł oraz Ceny sprzedaży Karty Standardowej brutto – 8,78 zł – były to informacje o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Jednocześnie stwierdzić należało, że w ocenie Izby informacje zawarte w załączniku nr 3 mogą w istocie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa – a zamawiający nie może dokonać odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC z powodu utajnienia tej części oferty. Należało również uznać, że interpretacja uchwały Sądu Najwyższego dokonana przez

odwołującego mogłaby być słuszna tylko w przypadku „oczywistości”, bezzasadności utajnienia informacji o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, natomiast co do zasady przedmiotowa uchwała wskazała na konieczność dokonywania odtajnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym zarzut dotyczący konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC z powodu utajnienia informacji „cenotwórczych” w ofercie należało uznać za nieuzasadniony.

Za oczywiście bezzasadny Izba uznała zarzut dotyczący nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów z powodu braku pieczęci lub drukowanej nazwy spółki On Track Innovation Ltd. przy podpisach członków zarządu na pełnomocnictwie. Na pełnomocnictwie dla ASEC S.A. udzielonym przez członków zarządu On Track Innovations LTD. widnieje pełna nazwa „On Track Innovations LTD.” Odwołujący nie podał na czym opiera twierdzenie o konieczności znajdowania się nazwy obok albo pod podpisami członków zarządu. Izba uznała, że pełnomocnictwo to jest udzielone zgodnie z uchwałą Rady Dyrektorów firmy On Track Innovations z dnia 17 sierpnia 1996r.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*