Sygn. akt: KIO 1318/11

WYROK
z dnia 7 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Ewa Rzońca
Ewa Sikorska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2011 r. przez odwołującego **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Port Lotniczy Poznań-Ławica Sp. z o.o., ul. Bukowska 285, 60-189 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **ELEKTROTIM S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELBUD S.A., Kabe Systemy Alarmowe Sp. z o.o., Agtes Sp. z o.o., ul. Krauthofera 23, 60-203 Poznań,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie oceny wniosków złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem uzupełnionego tłumaczenia przysięgłego, dotyczącego punktu 7 wykazu wykonanych dostaw, załączonego do wniosku odwołującego,**

---

2. kosztami postępowania obciąża **Port Lotniczy Poznań-Ławica Sp. z o.o., ul. Bukowska 285, 60-189 Poznań** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Portu Lotniczego Poznań-Ławica Sp. z o.o., ul. Bukowska 285, 60-189 Poznań** na rzecz **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** kwotę **19 386 zł 56 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Poznaniu.**

Przewodniczący: …….
Członkowie: …….
…….

Sygn. akt KIO 1318/11

Uzasadnienie

I. Port Lotniczy Poznań - Ławica Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „zaprojektowanie, dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu bezpieczeństwa Portu Lotniczego Poznań - Ławica".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 26 lutego 2011 r., poz. 2011/S 40-065808. Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Ustawa albo Prawo zamówień publicznych).

W dniu 22 czerwca 2011 r. Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 57 i 58 Ustawy poprzez błędną ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem złożonego przez Sprint, polegającą na nieuzasadnionym i bezpodstawnym nieprzyznaniu na podstawie punktu VI.3.) podpunkt 28) ogłoszenia o zamówieniu 2 punktów do oceny wniosku,
2) art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez niewezwanie Sprint do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów odnoszących się do poz. 5 wykazu wykonanych dostaw,
3) § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez nieuznanie tłumaczeń dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy (odnoszących się do poz. 7 wykazu wykonanych dostaw) przesłanych w formie faksu, w sytuacji gdy dokumenty (sporządzone w języku obcym) zostały złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę,
4) art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego nie przyznania wnioskowi złożonemu przez Sprint na podstawie punktu V1.3.) podpunkt 28) ogłoszenia o zamówieniu 2 punktów.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili:
- ELEKTROTIM S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELBUD S.A., Kabe Systemy Alarmowe Sp. z o.o., Agtes Sp. z o.o., ul. Krauthofera 23, 60-203 Poznań (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:
1. Zarzut bezpodstawnego nieprzyznania wnioskowi Sprint 1 punktu w odniesieniu do realizacji wskazanej w poz. 5 wykazu wykonanych dostaw.
Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie nie uznał złożonych przez Odwołującego dokumentów wskazujących na należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 5 Wykazu usług przez podmiot udzielający wsparcia w rozumieniu art. 26 ust. 2 b Ustawy tj. Certyfikatu Odbioru Systemu Kontroli Dostępu oraz Certyfikatu Odbioru Obwodowego Systemu telewizji Przemysłowych na Międzynarodowym Lotnisku Ebril zrealizowanego przez IrontRunne Middle East & Africa FZ i Raytheon - i nie przyznał Odwołującemu 1 punktu do oceny jego wniosku zgodnie z punktem V1.3.) podpunkt 28) ogłoszenia o zamówieniu.
W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, że dokumenty datowane na dzień 19.06.2010 r. są zatytułowane „Certyfikat Odbioru Systemu Kontroli Dostępu" oraz „Certyfikat Odbioru Obwodowego Systemu Telewizji Przemysłowych", a zatem już sama nazwa dokumentów potwierdza należyte wykonanie usługi. Ponadto podnosił, iż Inwestor nie wydałby takiego dokumentu wykonawcy prac, w sytuacji gdyby ten nie zakończył robót zgodnie z kontraktem. Nadto wskazywał, iż treść dokumentu potwierdza, że procedury odbiorcze zostały zakończone zgodnie z warunkami tej umowy. W ocenie Odwołującego w konsekwencji, winno być dla Zamawiającego oczywiste, że przedmiotowy dokument potwierdza należyte wykonanie usługi zgodnie z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tym samym według Odwołującego Zamawiający nie był

uprawniony do nieprzyznania przedmiotowej realizacji dodatkowego punktu do oceny wniosku.

2. Zarzut bezpodstawnego nie przyznania wnioskowi Sprint 1 punktu w odniesieniu do realizacji wskazanej w poz. 7 wykazu wykonanych dostaw.
Odwołujący podnosił, że Zamawiający bezpodstawnie nie uznał złożonych przez Odwołującego dokumentów (4 certyfikatów) wskazujących na należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 7 Wykazu usług przez podmiot udzielający wsparcia w rozumieniu art. 26 ust. 2 b Ustawy tj. Raytheon - i nie przyznał Odwołującemu 1 punktu do oceny jego wniosku zgodnie z punktem V1.3.) podpunkt 28) ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący wskazywał, że w terminie wyznaczonym na składanie wyjaśnień Zamawiający otrzymał tłumaczenia

przedmiotowych dokumentów w formie faksu od Odwołującego, co potwierdził w uzasadnieniu informacji o wynikach oceny z dnia 13 czerwca 2011 r.
Zgodnie z treścią wezwania do złożenia dokumentów z dnia 1 kwietnia 2011 roku, Zamawiający dopuścił składanie wyjaśnień na piśmie lub za pośrednictwem faksu, natomiast dokumenty powinny być złożone w formie pisemnej. Należy wskazać, że Odwołujący w sposób należyty wypełnił wymogi wezwania Zamawiającego, gdyż dokumenty tj. referencje wykazujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu dołączył w formie pisemnej poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, natomiast tłumaczenia zostały w terminie wymaganym przez Zamawiającego przesłane faksem, a następnie wpłynęły w formie pisemnej do Zamawiającego. Stosownie bowiem do treści § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane jedynie dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Natomiast zgodnie z § 6 ust. 4 ww. Rozporządzenia dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Przedmiotowe przepisy nie wymagają zatem aby tłumaczenie dokumentów, które zostało złożone przez wykonawcę w formie oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii było poświadczane przez wykonawcę tj. aby było złożone w formie pisemnej. Z uwagi na fakt, iż tłumaczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie muszą być sporządzane przez tłumacza przysięgłego, w ocenie Odwołującego wystarczającym jest aby Zamawiający otrzymał od wykonawcy tłumaczenie, które pozwoli mu na weryfikację treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. W konsekwencji Odwołujący wskazywał, że powinien mu zostać przyznany punkt za doświadczenie za pozycję nr 7 z wykazu załączonego do wniosku.

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

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.
Jeden z przystępujących po stronie Zamawiającego zauważył, że ocena wniosku Odwołującego była już rozpatrywana przez Izbę w postępowaniu sygn. akt KIO 990/11 i z tego powodu wnosił o odrzucenie odwołania. Jednak Izba w niniejszej sprawie nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, bowiem przedmiotem postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 990/11 nie były skonkretyzowane przyczyny, dla których Zamawiający przyznał wnioskowi Odwołującego określoną ilość punktów, a brak uzasadnienia tejże oceny. W postępowaniu sygn. akt KIO 990/11 ,,Izba nie dokonała oceny

wniosku Odwołującego, nakazując ponowne wykonanie tej czynności przez Zamawiającego, ze względu na fakt, że to Zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny, należycie ją udokumentować i zakomunikować wykonawcom. W sytuacji, gdy wykonawca nie miał wiedzy o szczegółach dokonanej oceny, nie mógł sformułować konkretnych zarzutów wobec stanowiska Zamawiającego, a zarzuty odwołania sprowadzały się w istocie do zakwestionowania braku kompletnej informacji i dokumentacji z oceny wniosków – i te zarzuty zostały przez Izbę rozpoznane.” Przedmiotem zarzutów rozpatrywanego przez Izbę

odwołania w niniejszej sprawie są zarzuty odnoszące się do skonkretyzowanych przez Zamawiającego podstaw oceny wniosków – Odwołujący obecnie kwestionuje sposób przyznania punktacji za posiadane doświadczenie, a mianowicie brak przyznania punktów za pozycję 5 i 7 z załączonego do wniosku wykazu wykonanych dostaw.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena wniosków, Odwołującemu w toku oceny przyznanoby co najmniej jeden dodatkowy punkt, a wówczas Odwołujący byłby uczestnikiem dalszego etapu postępowania i miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Zarzut bezpodstawnego nieprzyznania wnioskowi Sprint 1 punktu w odniesieniu do realizacji wskazanej w poz. 5 wykazu wykonanych dostaw

Izba ustaliła, iż w pozycji 5 wykazu dostaw, załączonego do wniosku Odwołującego umieszczono dostawę ,,Programu poprawy bezpieczeństwa na lotnisku" Ebril w Iraku. Ponieważ do wniosku Odwołującego nie załączono dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej dostawy, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył dokumenty, ale Zamawiający nie uznał Certyfikatu Odbioru Systemu Kontroli Dostępu oraz Certyfikatu Odbioru Obwodowego Systemu telewizji Przemysłowych na Międzynarodowym Lotnisku Ebril za wystarczające – w ocenie Zamawiającego bowiem nie potwierdzały one należytego wykonania dostawy.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do dokumentów złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie pozycji 5 wykazu. Wbrew poglądowi Odwołującego, sama nazwa dokumentów nie może stanowić o potwierdzeniu, że dostawa została wykonana należycie. Dokument stanowiący potwierdzenie należytego wykonania danej pracy stanowi oświadczenie wiedzy, którego

znaczenie wynika z całokształtu dokumentu (wszystkich informacji w nim zawartych), a nie wyłącznie z jego tytułu. W certyfikatach odbioru przedstawionych przez Odwołującego stwierdza się, że ,,procedury odbiorcze (...) zostały zakończone zgodnie z warunkami umowy", przedmiot umowy ,,jest odebrany", ale równocześnie zapowiada się, iż wykonawca ,,skoryguje wady określone w załączonym podsumowaniu ujawnionych usterek". Do dokumentów Odwołujący jednak nie załączył wykazu usterek ani potwierdzenia ich usunięcia (co załączono dopiero do odwołania).
Skład orzekający zgadza się z Odwołującym co do twierdzenia, że odbiór przedmiotu umowy z równoczesnym stwierdzeniem, że przedmiot odbioru ma wady czy usterki nie przesądza o tym, że umowa została zrealizowana w sposób nienależyty. Jednak taki dokument w ocenie Izby również nie może potwierdzać, że przedmiot umowy został zrealizowany w sposób należyty – ocena taka może zostać wyrażona dopiero po usunięciu wad (usterek) względnie stwierdzeniu, że były one mało istotne. Okoliczność, że procedury odbiorcze zostały zakończone zgodnie z umową również nie przesądza, że przedmiot umowy został należycie wykonany, a jedynie, iż proces przejęcia przedmiotu umowy przez inwestora został zakończony.
Ponieważ Odwołujący nie przestawił Zamawiającemu kompletu dokumentów (wykazu usterek czy protokołu ich usunięcia) na podstawie dokumentów przedstawionych Zamawiającemu w terminie wyznaczonym do ich uzupełnienia, Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie potwierdził, iż dostawa opisana w pozycji 5 wykazu dostaw została wykonana należycie (co skutkowało brakiem przyznania punktu w toku oceny doświadczenia zawodowego).
W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w czynnościach Zamawiającego w odniesieniu do pozycji 5 wykazu, w zakresie objętym odwołaniem.

Zarzut bezpodstawnego nieprzyznania wnioskowi Sprint 1 punktu w odniesieniu do realizacji wskazanej w poz. 7 wykazu wykonanych dostaw

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy z pozycji 7 wykazu. Odwołujący przekazał

dokumenty w odpowiedzi na wezwanie – wszystkie dokumenty znalazły się w dyspozycji Zamawiającego w formie pisemnej, ale ich przekazywanie następowało sukcesywnie: część dokumentów została przekazana w terminie zakreślonym w wezwaniu w formie pisemnej (bezpośrednio), część przesłana faksem w terminie, natomiast oryginały niektórych dokumentów (tłumaczenia dokumentów z języka obcego) wpłynęły do Zamawiającego po terminie.

7

Nie było sporu między stronami co do terminów i formy dostarczenia dokumentów – strony były zgodne co do przedstawionych wyżej ustaleń – jednak wywodziły z nich odmienne skutki prawne: Odwołujący twierdził, że uczynił zadość wymaganiom Zamawiającego, natomiast zdaniem Zamawiającego tłumaczenia w oryginale wpłynęły po terminie, dlatego Zamawiający nie przyznał punktu za doświadczenie z pozycji 7 wykazu dostaw załączonego do wniosku Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w punkcie VI.3)INFORMACJE DODATKOWE, w ppkt. 22 dokonał ustalenia, iż uzna, że pismo wpłynęło w określonym terminie, jeżeli ,,1) zostało złożone w siedzibie Zamawiającego w sekretariacie Biura Zarządu, 2) wpłynęło do Zamawiającego za pośrednictwem usług operatora pocztowego bądź kuriera lub zostało przekazane za pomocą faksu".
Z powyższego postanowienia wynika, że Zamawiający przewidział domniemanie terminowości doręczenia pisma: skoro za pismo złożone w terminie uważa się pismo przekazane za pomocą faksu, to oryginał pisma może wpłynąć po terminie.
Rzeczywiście zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie toczy się spór, czy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przekazanie pisma faksem w terminie i jednocześnie oryginału (zwykle listem poleconym bądź kurierem), wskutek czego oryginalny dokument w praktyce wpływa do Zamawiającego po terminie wyznaczonym w wezwaniu – czyni zadość wezwaniu Zamawiającego. Jednak w niniejszej sprawie w ocenie składu orzekającego nie może być wątpliwości co do rozstrzygnięcia powyższej kwestii wobec postanowienia przywołanego wyżej punktu 22 ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji, Zamawiający zobowiązany był uznać, że tłumaczenia przekazane faksem w terminie wyznaczonym w wezwaniu, a następnie pisemnie, zostały skutecznie w odpowiedzi na wezwanie uzupełnione. Skoro nie było merytorycznych zastrzeżeń do zakresu wykonanej dostawy z pozycji 7 wykazu, ani do dokumentów potwierdzających należyte jej wykonanie, a uzupełnienie dokumentów nastąpiło w terminie, Zamawiający winien był w toku oceny wniosków przyznać punkt za doświadczenie z pozycji 7 wykazu załączonego do wniosku Odwołującego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia wskazywanych przez Odwołującego przepisów Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do oceny przez Zamawiającego doświadczenia opisanego w punkcie 7 załączonego do wniosku Odwołującego wykazu wykonanych dostaw, dlatego orzeczono jak w sentencji.

8

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

Przewodniczący: ……..
Członkowie: ……..
……..

9