

WYROK
z dnia 16 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2011 r. przez **Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Indra Sistemas S.A., Avenida de Bruselas 35, Alcobendas, Madryt, Hiszpania**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem zastosowania wobec wykonawcy **Indra Sistemas S.A.** procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 7.2.6. Instrukcji dla wykonawców) oraz procedury wynikającej z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia (pkt 6.1.2. Instrukcji dla wykonawców);

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław** na rzecz **Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** kwotę: **19 825 zł 92 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset dwadzieścia pięć złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i jego kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby.

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

Sygn. akt: KIO 1898/11

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę, montaż i uruchomienie systemu monitoringu wizyjnego, systemu informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu napięć realizowanego w ramach projektu pn. „Poprawa jakości i bezpieczeństwa systemu komunikacji publicznej Wrocławia poprzez działania podejmowane przez MPK Sp. z o.o.” współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013 w ramach Priorytetu nr 3 „Rozwój infrastruktury transportowej na Dolnym Śląsku (Transport)”, Działania nr 3.3 „transport miejski i podmiejski.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 czerwca 2011 r. pod nr 2011/S 113-187573.

W postępowaniu tym wykonawca Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 września 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, o której to czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu informację w dniu 23 sierpnia 2011 r.

O złożonym odwołaniu Zamawiający poinformował wykonawców mailem w dniu 7 września 2011 r. W dniu 10 września 2011 r. do Prezesa Izby wpłynęło faksem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, skierowane przez wykonawcę Novamedia Innovision Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu (dalej: „Novamedia”). To samo zgłoszenie przystąpienia na piśmie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 12 września 2011 r. W dniu 9 września 2011 r. do Prezesa Izby wpłynęło na piśmie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, skierowane przez

Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (dalej „Przystępujący” lub „Indra”). Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołanie zostało złożone wobec naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp oraz punktem 9.5.5. SIWZ, poprzez ich niezastosowanie i niewykluczenie z postępowania wykonawcy Indra, z uwagi na niezłożenie prawidłowej gwarancji wadialnej, co było wymagane postanowieniami SIWZ przez Zamawiającego oraz wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, co z kolei skutkowało naruszeniem
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Indra,

- 3) art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że gwarancja złożona przez Indra jest gwarancją bezwarunkową i umożliwia zaspokojenie Zamawiającego we wszystkich sytuacjach przewidzianych ustawą,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp i zw. z art. 46 ust. 4a oraz art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do wyboru oferty Indra, która to nie załączyła do oferty wadium zgodnego z wymogami SIWZ, a tym samym zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp oraz punktem 9.5.5. SIWZ, poprzez ich niezastosowanie i niewykluczenie z postępowania wykonawcy Novamedia, z uwagi na niezłożenie prawidłowej gwarancji wadialnej, co było wymagane postanowieniami SIWZ przez Zamawiającego oraz wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, co z kolei skutkowało naruszeniem
- 6) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Novamedia,
- 7) art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że gwarancja złożona przez Novamedia jest gwarancją bezwarunkową i umożliwia zaspokojenie Zamawiającego we

4

wszystkich sytuacjach przewidzianych ustawą.

Z ostrożności procesowej w przypadku nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą ww. zarzutów, które winny - w ocenie Odwoływającego - powodować bezwzględne uwzględnienie odwołania, Odwoływający wskazał także, iż Zamawiający dodatkowo naruszył poniższe przepisy ustawy Pzp:

- 8) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z punktem 8 części III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Indra, jako nie odpowiadającej treści SIWZ w związku z niezałączeniem przez wykonawcę do oferty szkicu harmonogramu prac dla zadań I, II i III, co było wymagane postanowieniami SIWZ przez Zamawiającego,
- 9) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 1 pkt 1) lit c) i ust. 3 rozporządzenie 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 (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Indra do uzupełnienia oświadczenia w przedmiocie braku wydania w stosunku do Indra orzeczenia zakazującego ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary,
- 10) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Indra do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów w odniesieniu do wykazu zrealizowanych dostaw i referencji potwierdzających należyte ich wykonanie, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niewezwanie do uzupełnienia wykazu zrealizowanych dostaw i referencji potwierdzających należyte ich wykonanie, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 11) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Indra do uzupełnienia dokumentów potwierdzających znajdowanie się w wymaganej przez Zamawiającego sytuacji ekonomicznej i finansowej,
- 12) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z punktem 8 części III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Novamedia jako nie odpowiadającej treści SIWZ w związku z niezałączeniem przez wykonawcę do oferty szkicu harmonogramu prac dla zadań I, II i III. co było wymagane postanowieniami SIWZ przez Zamawiającego,
- 13) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Novamedia do uzupełnienia wykazu zrealizowanych dostaw i referencji potwierdzających należyte ich wykonanie, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

5

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Indra;
 2. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz wykluczenia Indra, a następnie odrzucenia oferty złożonej przez Indra;
 3. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz wykluczenia Novamedia, a następnie odrzucenia oferty złożonej przez Novamedia;
- ewentualnie o:
4. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz odrzucenia oferty Indra jako nie odpowiadającej treści SIWZ;
 5. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz wezwanie Indra do uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub/i ich wyjaśnienia;
 6. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz odrzucenia oferty Novamedia jako nie odpowiadającej treści SIWZ;
 7. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz wezwanie Novamedia do uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
 8. nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

1. Zarzut dotyczący przedłożenia nieprawidłowego dokumentu wadium przez Indra oraz Novamedia.

Zamawiający w SIWZ w punkcie 9.5.5. wskazał, że dokument wadium musi zawierać zobowiązanie gwaranta do: „zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego”, zawierające oświadczenie, iż: wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw oraz nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Dokument wadium w postaci gwarancji złożonej tak przez Indra, jak i Novamedia załączony do ofert ww. wykonawców nie spełnia – zdaniem Odwołującego - powyższego wymogu SIWZ, jak również bezwarunkowości, jaki jest wymagany od dokumentu wadium. Gwarancje wadium załączone do ofert przedmiotowych wykonawców zawierają zapisy nieodpowiadające ww. treści punktu 9.5.5. SIWZ, które jednocześnie skutkują warunkowością zobowiązania gwaranta. Odwołujący wskazał na treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, który przewiduje warunkową możliwość zatrzymania wadium

6

wykonawcy. Nastąpić to może w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Odwołujący wskazał, że użycie przez ustawodawcę sformułowania „chyba, że udowodni” pozostawia kwestie oceny danych okoliczności po stronie Zamawiającego. To tylko i wyłącznie do uznania Zamawiającego należy, czy uzna on, że nie złożenie dokumentów lub oświadczeń (...) przez wykonawcę wynika lub nie z przyczyn leżących po jego stronie. Jeżeli Zamawiający zatrzyma wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a wykonawca nie zgadza się z przedmiotową decyzją może skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej przewidzianych, tak w ustawie Pzp, jak i powszechnie obowiązujących przepisach prawnych. W związku z powyższym oczywistym i bezspornym jest, że ocena udowodnienia „że niezłożenie dokumentów lub oświadczeń (...) wynika z przyczyn nieleżących po jego (wykonawcy - Odwołujący) stronie” leży w wyłącznej gestii Zamawiającego, a nie wykonawcy, czy też innych podmiotów trzecich (z wyłączeniem organów sądowych).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z doniosłości uprawnienia wynikającego z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i konieczności właściwego zabezpieczenia jego interesów w sytuacji wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź, co znalazło swój wyraz w treści punktu 9.5.5. SIWZ, w którym Zamawiający prawidłowo i świadomie dokonał odpowiedniej zmiany treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, polegającej na usunięciu z treści gwarancji wadium sformułowań skutkujących jej warunkowością i pozostawiających ocenę przesłanek do jej zastosowania (tj. oceny, czy wykonawca udowodnił, czy też nie, że

niezłożenie w wyniku wezwania dokumentów lub oświadczeń (...) nie leży/leżało po stronie wykonawcy) podmiotowi trzeciemu jakim jest gwarant.

Analizując dokument gwarancyjny przedłożony przez Indra Odwołujący stwierdził, iż w treści pkt 2 gwarancji znajduje się zobowiązane Gwaranta do zapłaty na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta, wskazujące, że: „wystąpiła okoliczność, o której mowa w art. 46 ust. 4a w/w ustawy tj.: Wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 teże ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 teże ustawy, lub pełnomocnictw, chyba je udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.” Natomiast analizując dokument gwarancyjny przedłożony przez Novamedia Odwołujący stwierdził, iż w treści gwarancji znajduje się zobowiązane Gwaranta do zapłaty na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta, wskazujące, że: „wystąpiła jedna z następujących sytuacji: zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba je udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

Zdaniem Odwołującego ukształtowanie zobowiązania Gwaranta wynikające z zacytowanych powyżej gwarancji - poprzez użycie sformułowania „chyba, że udowodnił”

7

(w odniesieniu do Indra) oraz „chyba, że udowodni” (w odniesieniu do) - nie kreuje (tworzy) zobowiązania oderwanego (abstrakcyjnego) od stosunku podstawowego (co jest obligatoryjnie wymagane od gwarancji wadialnej), gdyż jego przyczynowość może w określonych sytuacjach umożliwić gwarantowi odmowę zapłaty, jeżeli w ocenie gwaranta roszczenie nie powstaje w związku z wyszczególnionymi w treści gwarancji przypadkami. Podkreślił, że zamieszczone brzmienie gwarancji odwołuje się do kwestii dowodowych - całkowicie subiektywnych, które mogą być oceniane tylko i wyłącznie przez Zamawiającego, a nie przez gwaranta. W ramach gwarancji abstrakcyjnych - o ile gwarant w każdym przypadku bada kwestie formalne zgłoszenia żądania wypłaty, o tyle badanie merytorycznych podstaw do jej dokonania jest wykluczone, o ile podstawy nie zostały opisane wprost w dokumencie gwarancyjnym. Uzależnienie wypłaty wadium od czynności udowodnienia, czy przyczyny leżą, czy też nie leżą, po stronie wykonawcy sprawia, że gwarancja staje się gwarancją warunkową. Wypłata wadium zostaje uzależniona od spełnienia przesłanki udowodnienia, iż żądanie zapłaty wadium jest uzasadnione ze względu na przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Gwarancja zawierająca tego typu warunek nie gwarantuje, zdaniem Odwołującego się, w sposób jednoznaczny dokonania płatności na rzecz beneficjenta kwoty wynikającej z gwarancji w sytuacji, gdy na pisemne wezwanie Zamawiającego wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełni dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO i Sądu Najwyższego.

2. Zarzut niezgodności treści ofert Indra i Novamedia z treścią punktu 8 części III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na punktu 8 Opis przedmiotu zamówienia, stanowiącego element SIWZ, pt. „HARMONOGRAM PRAC DLA ZADAŃ I, II i III”, zgodnie z którym wykonawca wraz z ofertą był zobowiązany do złożenia szkicu harmonogramu prac dla zadań I II i III. Podkreślił, że do ofert Indra Novamedia nie załączono przedmiotowego dokumentu, który był wymagany przez Zamawiającego. Podniósł także, że przedmiotowego dokumentu nie można zakwalifikować jako dokumentu wskazanego w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym nie jest on jednym z dokumentów lub oświadczeń do którego można zastosować możliwość uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W tym zakresie powołał się na orzecznictwo KIO.

Według niego harmonogram prac dla zadań, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument składający się na treść oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom SIWZ. W konsekwencji, brak był i dalej jest – jego zdaniem - możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp celem uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, co skutkuje obligatoryjnym uznaniem, że oferta ww. wykonawców jest nieprawidłowa i niekompletna.

8

3. Zarzut nieprzedłużenia prawidłowego oświadczenia o braku wydania w stosunku do Indra orzeczenia zakazującego ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów

o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Odwołujący wskazał na punktu 7.2.6 SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał przedłożenia przez wykonawców aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie zaś z punktem 7.4.3. SIWZ, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt 7.2.6. Instrukcji Dla Wykonawców, składa dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, odpowiednio, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Z kolei, stosownie do treści 7.4.5 SIWZ, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentu, o którym mowa w pkt 7.2.2. - 7.2.6. zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Według Odwołującego Indra nie przedłożyła dokumentu wymaganego przez wyżej cytowane przepisy SIWZ, jak i treść § 4 ust. 1 pkt 1) lit c) i ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Dokument złożony przez Indra został podpisany jedynie w zwykłej formie pisemnej przez Pana Juan Carlos V. C. i Pana Eduardo Bonet S. Wobec niezłożenia przedmiotowego oświadczenia przez Indra przed 1) notariuszem, albo 2) właściwym organem sądowym, albo 3) administracyjnym albo 4) organem samorządu zawodowego lub gospodarczego bezsprzecznie Odwołujący stwierdził, iż przedmiotowy dokument nie mógł być uznany przez Zamawiającego jako spełniający warunki SIWZ oraz ustawy Pzp.

4. Zarzut niewykazania przez Indra spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał na punkt 6.1.2. SIWZ, gdzie Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu wymagał wykazania, że wykonawcy należycie wykonali dostawy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, uruchomionego systemu informacji pasażerskiej lub uruchomionego systemu monitoringu wizyjnego w pojazdach komunikacji publicznej o łącznej wartości nie niższej niż 1.000.000,00 zł brutto. Wartości podane w walutach innych niż PLN miały być przeliczone na PLN wg. kursów średnich walut podanych przez NBP w dniu ukazania

9

się ogłoszenia o zamówieniu (15.06.2011r.) w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Według Odwołującego każdy z wykonawców musiał wykazać się uruchomieniem bądź co najmniej 1) jednego systemu informacji pasażerskiej w pojazdach komunikacji publicznej lub 2) systemu monitoringu wizyjnego w pojazdach komunikacji publicznej. Istotnym było - jego zdaniem - że każdy z systemów musiał być zainstalowany i uruchomiony w pojazdach komunikacji publicznej. Wskazał, że takie rozumienie ww. zapisu SIWZ, wynika z jego treści, co Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 20 lipca 2011 r. Podkreślił też, że wartość takiego uruchomionego systemu miała wynieść co najmniej 1.000.000 PLN. Według Odwołującego wykaz dostaw przedstawiony przez Indra nie dokumentuje, iż przedstawione w nim realizacje spełniają warunki uczestnictwa przewidziane w postępowaniu. Odnosił się do poszczególnych wykazanych przez Indra prac:

1) Realizacja UTE Autobuses Jimenez

Podkreślił, że jedynie drugi punkt referencji odnosi się do przedmiotu zamówienia, co do którego dodatkowo nie podano jego wartości w związku z powyższym nie sposób określić jaka wartość prac dotyczy przedmiotu zamówienia oraz wymogu określonego w punkcie 6.1.2. SIWZ. Zamawiający nie był uprawniony do zakwalifikowania przedmiotowej realizacji jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu, a jedynie - zdaniem Odwołującego - zobowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub też względnie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2) Realizacja Eusko Trenbideak

Podkreślił, iż wartość wdrożenia przedmiotowej realizacji jest niższa niż 1.000.000 zł, tym samym nie powinna być uznana przez Zamawiającego jako spełniająca warunki udziału w postępowaniu.

3) Realizacja Lurraldebus

Podkreślił, iż jedynie podpunkt referencji „Wdrożenie *pilotowe systemu nadzoru wideo na pokładzie autobusów*” odnosił się do przedmiotu zamówienia, co do którego dodatkowo nie podano jego wartości, w związku z powyższym nie sposób określić jaka wartość prac dotyczy przedmiotu zamówienia oraz wymogu określonego w punkcie 6.1.2. SIWZ. Podniósł, że przedmiotowe wdrożenie miało charakter pilotażowego, co uzasadnia stwierdzenie, że odnosiło się jedynie do niewielkiej ilości autobusów, a tym samym było nieznacznej wartości, która nie spełnia wymogu postawionego przez wykonawcę. W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie był uprawniony do zakwalifikowania przedmiotowej realizacji jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub też względnie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

10

4) Realizacja EMT Valencia

Odwołujący zwrócił uwagę, iż pierwszy punkt referencji został błędnie przetłumaczony przez tłumacza jako „System AVL w 500 autobusach (*lokalizacja i monitorowanie*).” System AVL – w ocenie Odwołującego - nie jest tożsamy z systemem monitoringu wizyjnego, co jest przedmiotem zamówienia i co było wymagane od wykonawców, ale z systemem śledzenia pojazdu na mapie. Tym samym, w ocenie Odwołującego, przedmiotowa część realizacji nie powinna być zaliczona do referencji wymaganych przez Zamawiającego. Ponadto podkreślił, że wskazany przez Indra System Informacji Pasażerskiej jest systemem informacji pasażerskiej funkcjonującym na przystankach, a nie w pojazdach, jak żąda Zamawiający w udzielonej odpowiedzi nr 4, i co jest też przedmiotem zamówienia, w związku z powyższym Zamawiający nie był uprawniony do zakwalifikowania przedmiotowej realizacji jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu, a był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub też względnie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

5) Realizacja Transportes Ciutat Comtal

Odwołujący zwrócił uwagę na pierwszy punkt referencji, który – jego zdaniem - został błędnie przetłumaczony przez tłumacza jako „System AVL w 139 autobusach (*lokalizacja i monitorowanie*).” Podkreślił, że system AVL nie jest tożsamy z systemem monitoringu wizyjnego, co jest przedmiotem zamówienia i co było wymagane od wykonawców, ale z systemem śledzenia pojazdu na mapie. Tym samym - w ocenie Odwołującego - przedmiotowa część realizacji nie powinna być zaliczona do referencji wymaganych przez Zamawiającego.

Ponadto podniósł, że wskazany przez Indra System Informacji Pasażerskiej jest systemem informacji pasażerskiej funkcjonującym na przystankach, nie w pojazdach, jak żąda Zamawiający w udzielonej odpowiedzi nr 4. i co jest też przedmiotem zamówienia, a związku z powyższym Zamawiający nie był uprawniony do zakwalifikowania przedmiotowej realizacji jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu, a był zobowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub też względnie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

5. Zarzut niewykazania przez Indra spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący wskazał na punkt 6.1.4. SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby wykonawcy spełnili wymóg pozostawania w określonej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający wymagał potwierdzenia posiadania przez wykonawcę środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę 3.000.000,00 zł, co oznacza, że wykonawca miał wykazać, iż

11

bądź posiada 3.000.000 zł lub też posiada aktualną zdolność kredytową na tę kwotę. Odwołujący podkreślił, że oświadczenie banku Banco Espanol de Credito S.A., stanowiące załącznik do oferty Indra wskazuje jedynie, iż bank ten posiada linię kredytową na kwotę 15 milionów euro oraz linię poręczeniową (...). Fakt, iż dany wykonawca posiada linię kredytową w żaden sposób nie wskazuje, czy przedmiotowa linia jest w całości wykorzystana i jaka jest

obecna zdolność kredytowa w ramach tej linii, tj. jakimi środkami dysponuje wykonawca na dzień składania oświadczenia przez bank. Stwierdzić należy, iż wykonawca nie wykazał w sposób należyty okoliczności pozostawania w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów nie sposób bowiem jednoznacznie stwierdzić, czy wykonawca spełnia wymagania Zamawiającego w opisywanym w niniejszym punkcie zakresie. Tymczasem Zamawiający bezsprzecznie powinien oczekiwać od wykonawców przedstawienia dokumentów niepozostawiających żadnych wątpliwości, że wykonawca spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien być zwrócić się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów potwierdzających posiadanie środków na kwotę 3.000.000 PLN lub zdolność kredytową na taką kwotę.

6. Zarzut niewykazania przez Novamedia spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał na punkt 6.1.2. SIWZ, gdzie Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu wymagał wykazania, że wykonawcy należycie wykonali dostawy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, uruchomionego systemu informacji pasażerskiej lub uruchomionego systemu monitoringu wizyjnego w pojazdach komunikacji publicznej o łącznej wartości nie niższej niż 1.000.000,00 zł brutto. Według niego z treści referencji znajdujących się na stronie 8 oferty Novamedia wynika jedynie, iż wykonawca dostarczył w tramwajach produkowanych przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. na rzecz jego odbiorców, urządzenia w postaci kamer cyfrowych, rejestratorów, terminali, rutera oraz tablic LCD. Podkreślił, iż jakkolwiek ww. elementy stanowią również część systemu monitoringu wizyjnego w pojazdach komunikacji, to (dostawy) działania wykonane przez Novamedia nie mają zarówno charakteru polegającego na 1) wykonaniu systemu, czy też 2) jego uruchomieniu. Powołał się na definicję pojęcia: „System”, gdzie za Słownikiem Języka Polskiego jest to zespół - wzajemnie sprzężonych elementów, spełniający określoną funkcję i traktowany jako wyodrębniony z otoczenia w określonym celu (opisowym, badawczym, do innego zastosowania — np. systemem jest proces technologiczny). Mając na względzie ww. definicję oraz przedmiot zamówienia (w szczególności opis przedmiotu zamówienia), wymagający od wykonawcy nie

12

tylko dostarczenia sprzętu, ale również odpowiedniego oprogramowania oraz całościowej konfiguracji urządzeń w system, Odwołujący stwierdził, iż wykazane przez Novamedia realizacje nie mają charakteru dostawy systemu. Z przedstawionych przez wykonawcę referencji – zdaniem Odwołującego - wynika tylko, że zapewnił on podmiotowi wystawiającemu referencje odpowiednie urządzenia, nie dokonując jednak ani ich montażu, ani skonfigurowania z odpowiednim oprogramowaniem, czy też innym sprzętem niejako łączącym poszczególne urządzenia w system. W ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości fakt dostarczenia przez wykonawcę odpowiednich urządzeń mogących posłużyć do stworzenia systemu informacji pasażerskiej, to jednak z przedstawionych przezeń referencji w żaden sposób nie wynika, aby uruchomił on ów system. Podkreślił, iż nie można utożsamiać dostawy poszczególnych urządzeń z uruchomieniem systemu, które - w dużym uproszczeniu - polega na montażu i skonfigurowaniu poszczególnych elementów systemu z odpowiednim oprogramowaniem, tak aby zapewnić mu pełną funkcjonalność, co było wymagane przez Zamawiającego. Ponadto – w jego ocenie - nie wynika również, aby Novamedia dokonywała uruchomienia monitoringu wizyjnego, czego wykazanie było warunkiem udziału w postępowaniu. Tym samym – w ocenie Odwołującego - wykonawca nie wykazał należyte spełniania warunków postawionych przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, w związku z powyższym Zamawiający nie był uprawniony do zakwalifikowania przedmiotowych realizacji jako spełniających warunki udziału w postępowaniu, a był zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący w toku rozprawy przedłożył dwie gwarancje wadialne wystawione przez La Caixa (bank, który wystawił gwarancję dla Indra) w czerwcu br, wskazując, że postanowienia tych gwarancji nie zawierają - analogicznego, jak w gwarancji złożonej w ofercie Indra - warunkowego postanowienia.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wyjaśnił, że co do zarzutów dotyczących nieprawidłowego wadium ofertach Indra i Novamedia gwaranci w przedłożonych przez wykonawców gwarancjach przepisali literalnie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zaś przedłożone gwarancje są gwarancjami bezwarunkowymi, płatnymi na pierwsze żądanie beneficjenta. Podkreślił, że nie można stawiać wykonawcom zarzutów, jeśli w przedłożonych gwarancjach przepisano wprost wskazany przepis prawa. Zamawiający wskazał dodatkowo na jedno z postanowień zawarte w treści gwarancji Indra, gdzie gwarant wskazał, że dla uniknięcia wątpliwości nie jest on zobowiązany do dokonania jakiegokolwiek

13

weryfikacji okoliczności zawartych w żądaniu zapłaty. Co do przedłożonych w toku rozprawy przez Odwołującego gwarancji wskazał, że nie wiadomo, jaki stan faktyczny miał miejsc w tych sprawach, w związku z tym powyższe kwestie nie mają znaczenia dla rozwiązania niniejszej sprawy.

Co do zarzutu braku w ofertach Indra i Novamedia szkicu harmonogramu Zamawiający wskazał na pkt 15.2 części pierwszej SIWZ, tj. Instrukcja dla wykonawców, gdzie wskazuje się, że harmonogram realizacji umowy będzie stanowił załącznik nr 6 do umowy i będzie on przygotowany w uzgodnieniu z Zamawiającym przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza przed zawarciem umowy. Zamawiający podkreślił, że w pkt 8 Opisu przedmiotu zamówienia nie wskazano, aby szkic harmonogramu miał być załączony przez wykonawcę do oferty.

Co do zarzutu dotyczącego oświadczenia potwierdzającego wypełnienie warunku z art. 24 ust. 1 pkt 9, Zamawiający przyznał, że popełnił błąd na etapie oceny oferty Indra, do której dołączono jedynie oświadczenie własne wykonawcy w tym przedmiocie, a nie dokument wymagany przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający przyznał, że dokonał oceny dokumentu przedłożonego przez Indra przy piśmie procesowym z 16 września 2011 r., tj. oświadczenia złożonego przed notariuszem przez Indra, które jest jego zdaniem prawidłowe: zostało złożone przed notariuszem, potwierdza spełnianie warunku najpóźniej na dzień otwarcia ofert, tj. 8 sierpnia 2011 r. i zostało złożone przez osoby umocowane do reprezentacji Spółki - jak wynika z treści tego dokumentu - pełnomocnika z grupy 4 i pełnomocnika z grupy 6 uprawnionych do łącznej reprezentacji firmy. Zamawiający wskazał, że wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentu uzyskałby zapewne ten sam dokument.

Co do zarzutu dotyczącego spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez Indra Zamawiający podkreślił, że przedmiotem warunku były dostawy, a nie - jak twierdzi Odwołujący - co najmniej jedna dostawa, zaś dla Zamawiającego istotne było, aby wartość wszystkich wykazywanych dostaw w sumie nie była mniejsza niż 1 mln zł. Przy ocenie doświadczenia Indra Zamawiający opierał się na oświadczeniu wykonawcy zawartym w wykazie dostaw i dokumentach potwierdzających należyte wykonanie tych zamówień i w tym zakresie nie miał żadnych wątpliwości. Podkreślił, że suma wartości tych zamówień przekraczała 48 mln zł.

Co do zarzutu spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej przez Indra wskazał, że rozporządzenie w sprawie dokumentów z 2009 r. nie odwołuje się wprost do przepisów prawa bankowego i istotna w tym zakresie jest określona zdolność kredytowa wykonawcy. W opinii bankowej przedłożonej przez Indra wskazuje się na linię kredytową na ok. 15mln euro, podczas gdy warunek w SIWZ wskazywał na 3 mln zł.. Tym samym według

14

Zamawiającego spełniony warunek został, gdyż linia kredytowa to coś więcej niż zdolność kredytowa wykonawcy.

Co do zarzutu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez Novamedia Zamawiający wskazał, iż ocena wykazanego przez tego wykonawcę doświadczenia realizowanego na rzecz PESA S.A. nie budziła wątpliwości Zamawiającego, takich wątpliwości nie wzbudziła także argumentacja odwołani, zaś Odwołujący nie udowodnił stawianego mu zarzutu.

III. Stanowisko Przystępującego Indra

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia, jak i na rozprawie, w całości poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Jednocześnie też w piśmie z dnia 16 września 2011 r. złożonym do akt sprawy zaprezentował pisemne stanowisko w sprawie. Wskazał w nim na następujące okoliczności:

1. Co zarzutu gwarancji wadialnej

Przystępujący wskazał na postanowienia SIWZ dotyczące wymogów co do wadium wnoszonego w formie gwarancji (bankowej/ubezpieczeniowej). Podkreślił, że treść gwarancji bankowej przedłożonej przez Przystępującego posiada wszystkie elementy wskazane przez Zamawiającego. Mianowicie, gwarant - Caja De Ahorros Y Pensiones De Barcelona La Caixa (Kasa Oszczędności) Oddział w Polsce wystawił gwarancję bezwarunkową na wymaganą przez Zamawiającego kwotę. Bank wystawiający gwarancję nie bada, czy istotnie wystąpiła okoliczność wskazana w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Wskazał, że okoliczność ta została dodatkowo potwierdzona w przedmiotowej gwarancji, poprzez wskazanie, że „dla uniknięcia wątpliwości Bank oświadcza, że nie jest zobowiązany do dokonania jakiegokolwiek weryfikacji okoliczności zawartych w żądaniu zapłaty”. Przystępujący wskazał także na dalsze postanowienia przedmiotowej gwarancji, które wskazują jaki jest zakres czynności, do których zobowiązany jest Bank, który dokonuje badania żądania zapłaty, wystawionego przez Zamawiającego, pod względem formalno-prawnym, co oznacza, że Bank - zgodnie z treścią badanej gwarancji - weryfikuje następujące okoliczności:

- czy żądanie zapłaty zostało złożone w formie pisemnej, -
czy żądanie zapłaty wskazuje okoliczności będące podstawą zapłaty,
- czy wraz z żądaniem zapłaty został przekazany oryginał rzeczony gwarancji, -
czy żądanie zapłaty zostało złożone w siedzibie Banku,
- czy żądanie zapłaty zostało przekazane listem poleconym za pośrednictwem banku Zamawiającego,

15

-
- czy bank Zamawiającego potwierdził, że podpisy widniejące na żądaniu zapłaty zostały złożone przez osoby upoważnione do reprezentowania Beneficjenta,
 - czy żądanie zapłaty mieści się w sumie gwarancyjnej, oraz -
czy żądanie zapłaty zostało dostarczone w terminie ważności gwarancji.

Wszystkie te czynności zmierzają do weryfikacji formalno-prawnej żądania zapłaty. śadna z nich nie upoważnia – zdaniem Przystępującego - Banku do oceny merytorycznej żądania zapłaty, złożonego przez Zamawiającego.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Przystępujący dodatkowo przekazał Banku, jest gwarancją oświadczenie potwierdzające, że przedmiotowa gwarancja płatną bezwarunkową, na pierwsze pisemne żądanie (e-mail: Zamawiającego@kzp.net.pl, stanowiący załącznik nr 1 do mniejszego pisma), wskazując, że oryginał tego oświadczenia został przekazany Zamawiającemu w dniu 16 września 2011 r.

Przystępujący wskazał także na rozróżnienie i zdefiniowanie gwarancji bezwarunkowych i warunkowych. W przypadku gwarancji warunkowych, gwarant wypłaci sumę wskazaną w gwarancji na żądanie beneficjenta, ale po spełnieniu określonego w gwarancji warunku. Warunek jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, przy czym można wyróżnić 2 rodzaje warunków: (i) gdy strony stosunku prawnego nie mają wpływu na jego ziszczenie (np.: klęska żywiołowa) oraz (ii) gdy od decyzji jednej lub obu stron stosunku zależy spełnienie warunku (np. potwierdzenie roszczenia beneficjenta wyrokiem sądu, uznaniem ze strony zobowiązanego). W przypadku zaś gwarancji bezwarunkowych, realizacja gwarancji przez gwaranta następuje na pierwsze żądanie beneficjenta, bez spełniania jakichkolwiek warunków. Gwarant nie jest w takim przypadku uprawniony do badania, czy roszczenie beneficjenta wobec zobowiązanego (np. z tytułu wyrządzonej szkody) jest faktycznie zasadne. Gwarant zobowiązany jest do wypłacenia beneficjentowi pieniędzy, a następnie dochodzi ich zwrotu od zleceniodawcy. W przypadku, gdy mamy do czynienia z roszczeniem spornym lub wręcz z nieuczciwym postępowaniem beneficjenta, zobowiązany nie może podnosić tego jako argument, broniąc się przed roszczeniem zwrotnym ze strony gwaranta. Pozostaje mu jedynie droga sądowa odzyskania pieniędzy od beneficjenta. Powołał się przy tym na orzecznictwo KIO. Podkreślił, że o gwarancji warunkowej możemy mówić wyłącznie wówczas, gdy w samej treści gwarancji zawarty jest warunek, uzależniający spełnienie żądania roszczenia Zamawiającego od ziszczenia się

danego przyszłego i niepewnego zdarzenia. W przypadku gwarancji Przystępującego, brak jest w jej treści jakiegokolwiek sformułowania, sugerującego, że wypłata żądanej sumy gwarancyjnej uzależniona jest od przyszłego i niepewnego zdarzenia. Przeciwnie, jak wskazał Przystępujący, wprost Bank zadeklarował, że wypłaci żądaną sumę bezwarunkowo. Zatem, również i ze względu na definicję terminu „warunek” uznać należało, że gwarancja bankowa przekazana przez Przystępującego jest gwarancją bezwarunkową.

16

Przystępujący wskazał także, że w treści przedmiotowej gwarancji wprost zostały powołane przepisy art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, co oznacza, że te przepisy będą stanowić podstawę wystąpienia z żądaniem. Odwołujący zarzuca bowiem, że wystąpienie okoliczności wymienionych w SIWZ nie będzie mogło być podstawą wystąpienia przez Zamawiającego z roszczeniem zapłaty, gdyż zamiast żądanego w SIWZ sformułowania: „*oraz nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie*”, Przystępujący przedłożył gwarancję, która stanowi: „*chyba, że udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie*”. Przystępujący wskazał, że same przepisy ustawy Pzp oraz fakt powołania się na nie są nadrzędne w odniesieniu do zapisów SIWZ, powołując się przy tym na orzecznictwo KIO.

Przystępujący podkreślił, że trudno byłoby przyjąć za zasadne twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający, w celu omięcia przepisów ustawy, zażądał w SIWZ zamieszczenia w treści gwarancji zwrotu: „*oraz nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie*”, zamiast wskazanego w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zwrotu „*chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie*”. Takie założenie, zdaniem Przystępującego, jest błędne i nie ma podstaw w stanie rzeczywistym. Zatem, jeżeli słuszne jest założenie Przystępującego - iż Zamawiający zamierza zatrzymać wadium wyłącznie w przypadku ziszczenia się okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp - to należy uznać jego zdaniem, że powołanie się w treści gwarancji bankowej na wystąpienie okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp czyni zadość wymaganiom Zamawiającego.

Przystępujący wskazał także, że gwarancja wadialna służy zabezpieczeniu oferty wykonawcy, co oznacza, że Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium w przypadku, gdy wykonawca uchyla się przed dalszym udziałem w postępowaniu lub przed podpisaniem umowy. Dlatego ważne jest, aby oferta wykonawcy była zabezpieczona od czasu jej złożenia przez cały okres postępowania, tylko wtedy bowiem oferta jest skutecznie zabezpieczona; należy stwierdzić, że gwarancja ta zabezpiecza ofertę złożoną przez Przystępującego nieprzerwalnie od 8 sierpnia 2011, a zatem czyni zadość odnośnym przepisom ustawy Pzp. Powołał się przy tym na orzecznictwo KIO.

2. Co do zarzutu dotyczącego harmonogram prac

Przystępujący wskazał na treść ust. 15 SIWZ, gdzie Zamawiający zawarł „*Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia*”. W ust. 15.2. SIWZ Zamawiający zażądał by „*Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, przed zawarciem Umowy, zobowiązany będzie do opracowania i uzgodnienia z Zamawiającym harmonogramu realizacji Umowy, który będzie stanowił załącznik nr 6 do Umowy, Zamawiający przewiduje*

17

w trakcie realizacji Umowy zmianę terminów wykonania poszczególnych prac pod warunkiem, że termin zakończenia realizacji Umowy nie ulegnie przedłużeniu, za wyjątkiem okoliczności, o których mowa w § 13 Umowy”. Podkreślił, że w żadnym innym miejscu SIWZ Zamawiający nie odnosi się do kwestii harmonogramu realizacji umowy, natomiast, z powyższego ustępu SIWZ wyraźnie – jego zdaniem - wynika, że harmonogram prac nie był wymagany na etapie składania ofert, lecz będzie żądany od wykonawcy, którego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą, przed zawarciem umowy o realizację tego zamówienia publicznego.

3. Co do zarzutu dotyczącego zaświadczenia o braku zakazu ubiegania się o zamówienia

Przystępujący wskazał, że w dniu 16 września 2011 r. przedłożył Zamawiającemu

oświadczenie reprezentantów Indra złożone przed notariuszem, poświadczające, że nie orzeczono wobec Indra zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, które to oświadczenie przedłożył jako załącznik nr 2 do pisma procesowego, przedłożonego Izbie. Podkreślił też, że przedłożone oświadczenie jest zgodne z prawdą również w okresie sprzed terminu składania ofert. Przystępujący wskazał też na orzecznictwo KIO, z którego wynika, że w przypadku, gdy w dniu badania zarzutów przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzuty zaniechania wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty nie są aktualne z uwagi na podjęcie przez wykonawcę czynności wyjaśniających lub uzupełniających badaną ofertę, Izba nie uwzględnia nieaktualnych zarzutów, gdyż nie może wezwać do uzupełnienia lub wyjaśnienia kwestii, które w danym czasie są już wyjaśnione lub uzupełnione.

4. Co do zarzutu dotyczącego wykazu zrealizowanych dostaw

Przystępujący oświadczył, że spełnia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, przedstawiony w SIWZ. W przedłożonym wykazie wskazał na pięć (5) różnych zrealizowanych dostaw, których łączna wartość przewyższa przeszło 48-mio krotnie żądane przez Zamawiającego minimum dotyczące wartości prac, zatem Zamawiający słusznie nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości. W celu jednak wyjścia naprzeciw żądaniom Odwołującego, Przystępujący dnia 16 września 2011 r. przedłożył Zamawiającemu oświadczenie dotyczące zrealizowanych dostaw oraz przedłożył dodatkowe oświadczenia zlecających, dla których wykazane dostawy były realizowane, co stanowiło także załącznik nr 3 do pisma procesowego skierowanego do Izby. Według Przystępującego przedmiotowe dokumenty raz jeszcze poświadczają spełnienie przez Przystępującego przedmiotowego warunku SIWZ. W tym zakresie Przystępujący także wskazał na poparcie swojego

18

stanowiska na orzecznictwo KIO, potwierdzające brak podstaw do wzywania do uzupełnień, w przypadku, gdy zaskarżana oferta została doprowadzona do zgodności z SIWZ.

5. Co do zarzutu dotyczącego opinii bankowej

Przystępujący wskazał, że wraz z ofertą złożył oświadczenie z banku Bank Espanol De Credito S.A., które wskazuje, że Przystępujący „posiada *linię kredytową na kwotę 16 milionów euro oraz linię doręczeniową z limitem 100 milionów euro*”. Okoliczność, iż Przystępujący przedłożył opinię bankową potwierdzającą posiadanie linii kredytowej na kwotę przeszło 18-sto krotnie przewyższającą, według Przystępującego słusznie Zamawiający uznał za skuteczne wykazanie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Podkreślił, że o ile deklaracja posiadania przez dany podmiot zdolności kredytowej nie jest tożsama z możliwością żądania od banku przyznania kredytu o danej kwocie (gdyż konieczne jest spełnienie dodatkowych warunków, np.: ustanowienie zabezpieczenia) o tyle otwarta linia kredytowa posiada walor bezwarunkowej opinii banku o realnie posiadanej zdolności kredytowej. Skoro zatem, jeżeli wystarczające dla wykazania zdolności kredytowej jest przedłożenie opinii o tej zdolności, które nie stanowi ani promesy udzielenia kredytu, czy otwarcia linii kredytowej z określonym limitem, to bardziej potwierdza posiadanie żądanej zdolności kredytowej przedstawienie opinii potwierdzającej posiadanie otwartej linii kredytowej o limicie przeszło 18-sto krotnie przewyższającym wskazane przez Zamawiającego minimum. Dodatkowo Przystępujący w celu potwierdzenia, że dysponuje on żądaną przez Zamawiającego zdolnością kredytową, przedłożył Zamawiającemu w dniu 16 września 2011 r. oświadczenie Bank Espanol De Credito S.A., potwierdzające wysokość nie wykorzystanych środków z otwartej linii kredytowej, które stanowiło załącznik nr 4 do przedłożonego Izbie pisma procesowego Przystępującego. Powołał się w tym zakresie także na orzecznictwo KIO.

W toku rozprawy Przystępujący przedłożył potwierdzenie doręczenia Zamawiającemu w dniu 16 września 2011 r. korespondencji przy której przekazano Zamawiającemu uzupełnienie stosowych dokumentów przywołanych powyżej, które zostały także przedłożone Izbie przy wskazanym piśmie procesowym.

19

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca Novamedia, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, nie uzyskał przymiotu uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego, z uwagi na niewypełnienie wymaganych przesłanek ustawowych opisanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Z jednej strony wskazany wykonawca w ustawowym terminie 3 dni od otrzymania wezwania od Zamawiającego złożył przystąpienie do Prezesa Izby w formie niezgodnej z przywołanym przepisem. Zgodnie z art. 185 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp przystąpienie składa się do Prezesa Izby w wymaganym terminie w formie pisemnej. Tymczasem w dniu 10 września 2011 r. przystąpienie zostało złożone do Prezesa Izby wyłącznie w formie faksu, która nie wypełnia wskazanej normy. Z drugiej strony wykonawca ten w dniu 12 września 2011 r. złożył przystąpienie do Prezesa Izby w formie pisemnej, jednakże złożenie tego przystąpienia nastąpiło po upływie 3-dniowego terminu określonego przywołanym przepisem ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Indra. W tym zakresie Izba stwierdziła wypełnienie przesłanek ustawowych skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym wykonawca Indra uzyskał status uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła też, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące dwóch wykonawców i ich ofert sklasyfikowanych w rankingu oceny ofert powyżej oferty Odwołującego, w tym zarzuty dotyczące oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Zaniechanie odrzucenia tych ofert i wykluczenia wykonawców, którzy złożyli te oferty, biorąc pod uwagę zakres zarzutów odwołania, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie szkody. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, wypełniona została w tym zakresie materialnoprawna

20

przesłanka określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp istotna dla możliwości merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania przez Izbę.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

Podstawą uwzględnienia przez Izbę odwołania było potwierdzenie się zarzutów Odwołującego dotyczących oferty Indra w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp (pkt 7.2.6. Instrukcji dla wykonawców) oraz warunku udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia (pkt 6.1.2. Instrukcji dla wykonawców). W pierwszym przypadku Izba uznała, że istnieje bezwzględna konieczność zażądania od wykonawcy Indra uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wymaganego dokumentu na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku, bowiem dołączony do oferty w tym zakresie dokument wykonawcy Indra nie spełnia wymogów rozporządzenia w sprawie dokumentów. W drugim przypadku Izba uznała, że zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu zastosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tj. wyjaśnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Indra na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Stąd też, uwzględniając powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu w tym zakresie unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Indra i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem wskazanych dwóch procedur w odniesieniu do oferty Indra.

Co do kwestii braku przedłożenia przez Indra dokumentu, z którego wynikałaby okoliczność, iż wobec wskazanego podmiotu będącego podmiotem zbiorowym sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne (tzw. warunek negatywny udziału w postępowaniu, odnoszący się do podmiotu ubiegającego się o zamówienie, który to warunek został opisany w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp) Izba ustaliła, że do oferty Indra dołączono w tym zakresie oświadczenie własne spółki potwierdzające tę okoliczność (oświadczenie z dnia 21 lipca 2011 r. złożone przez Panów: Juan Carlom V. C. i Eduardo Bonet S.). Okoliczność ta jest bezsporna pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów na potwierdzenie wskazanej okoliczności wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedkłada aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminem składania ofert.

21

W przypadku, gdy wskazany dokument mieliby składać wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP – jak w niniejszej sprawie (Indra – siedziba w Hiszpanii), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie dokumentów, składają oni dokument wystawiony w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzający, że nie orzeczono wobec nich zakazu ubiegania się o zamówienie. Jeśli jednak w tym kraju nie wydaje się takiego dokumentu – zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów – zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższe wymogi wynikające z przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów znalazły swoje odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ w niniejszym postępowaniu (pkt 7.2.6 Instrukcji dla wykonawców stanowiącej Część pierwszą SIWZ).

Niewątpliwym dla Izby było ustalenie, iż do oferty Indra załączone zostało jedynie oświadczenie własne osób uprawnionych do reprezentacji firmy Indra. Oświadczenie to nie zostało złożone ani przed notariuszem, ani właściwym organem sądowym, administracyjnym, czy też organem samorządu zawodowego lub gospodarczego w Hiszpanii, gdzie firma Indra ma siedzibę. Tym samym takie oświadczenie nie spełnia wymogów przywołanego przepisu rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 4 ust. 3) i jako takie nie może potwierdzać spełniania przez wykonawcę Indra warunku udziału w postępowaniu, opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Powyższe zresztą potwierdził sam Zamawiający, przyznając w toku rozprawy, że na etapie badania i oceny ofert popełnił błąd, uznając przedłożone w ofercie Indra oświadczenie za prawidłowe. Niejako również Przystępujący potwierdził nieprawidłowość dokumentu złożonego przez siebie w ofercie, przedkładając w toku postępowania odwoławczego - tak Zamawiającemu, jak i Izbie, dokument oświadczenia złożony przed właściwym podmiotem (oświadczenie złożone przed notariuszem). Przystępujący jednak, podobnie zresztą, jak i Zamawiający, domagali się w toku rozprawy uznania za prawidłowe oświadczenia złożonego przed notariuszem, przedłożonego samodzielnie przez Indra Zamawiającemu. Izba nie mogła jednak dokonać oceny przedłożonego samodzielnie przez Przystępującego w dniu 16 września 2011 r. Zamawiającemu oraz Krajowej Izbie Odwoławczej tego dokumentu. Stwierdzić bowiem należy, że uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu odbywa się - jako wyjątek od zasady, iż ofertę i wszystkie dokumenty, stanowiące jej załączniki składa się najpóźniej do upływu terminu składania ofert (przetarg nieograniczony) – w oparciu o szczególną procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem to Zamawiający, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wzywa wykonawcę do uzupełnienia brakującego oświadczenia lub dokumentu, czy oświadczenia lub dokumentu, które zawierają błędy. Zgodnie z tym

22

przepisem nie istnieje zatem możliwość samodzielnego uzupełniania dowolnego oświadczenia lub dokumentu przez wykonawcę. Wskazany przepis przewiduje także, że Zamawiający dla zastosowania tej szczególnej procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp wyznacza wykonawcy odpowiedni termin. Niedotrzymanie tego terminu powoduje negatywne skutki dla wykonawcy w postaci konieczności wykluczenia go z udziału w postępowaniu z racji nie wykazania spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Podkreślenia wymaga także okoliczność, że uzupełniane dokumenty i oświadczenia podmiotowe mają potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania – w przetargu nieograniczonym – ofert. Tym samym zatem uzupełnienie przez wykonawcę określonego dokumentu, czy oświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie jest czynnością automatyczną, nie prowadzi bowiem do samoczynnej naprawy oferty wykonawcy. Uzupełniony dokument, czy oświadczenie podlega jeszcze badaniu i ocenie przez Zamawiającego, zatem czynność ta powinna odbywać się zasadniczo – w przypadku trybu przetargu nieograniczonego – w toku badania i oceny ofert, a więc przed formalnym wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Z tych też względów – zdaniem Izby – nieuzasadnione jest dokonywanie tak przez Zamawiającego, a tym bardziej przez Izbę na obecnym etapie postępowania - oceny dokumentu uzupełnionego przez Przystępującego samodzielnie w toku procedury odwoławczej, po dokonaniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie miałaby bowiem uprawnień do oceny wskazanej czynności, która nie była objęta zarzutami odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (Izba nie może orzekać co do zarzutów nie objętych odwołaniem). Takie działanie Izby nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa (ustawa Pzp), a poza tym wydaje się nieuzasadnione, biorąc pod uwagę prawa jakie przepisy działu VI ustawy Pzp, które zostały wydane w oparciu o przepisy dyrektywy 89/665/EWG Rady z dnia 21 grudnia 1989 r., zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. Przepisy te przyznają wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego prawo do skutecznej ochrony swoich praw w postępowaniu

poprzez możliwość skutecznego zaskarżenia czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które naruszają interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie określonej szkody i które to czynności są sprzeczne z przepisami prawa – ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przepisy te mają za zadanie – zgodnie z założeniami dyrektyw europejskich - przyjęcie i zastosowanie odpowiednich procedur umożliwiających uchylenie bezprawnych decyzji zamawiającego podjętych w postępowaniu

23

w sposób przede wszystkim efektywny. Skoro czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu została podjęta w uchybieniu przepisów ustawy Pzp (nie zweryfikowano prawidłowo spełnienia jednego z tzw. negatywnych warunków udziału w postępowaniu) Odwołującemu wykonawcy przysługiwało prawo do zaskarżenia tej czynności. Ma on też prawo domagania się w tym zakresie podjęcia stosownego rozstrzygnięcia, wydanego w oparciu o obowiązujące przepisy prawa. Skoro obowiązujące przepisy ustawy Pzp, ani aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – jak wskazano powyżej – nie przewidują możliwości samodzielnego uzupełniania dokumentów podmiotowych przez wykonawcę w toku procedury odwoławczej – to Odwołujący wykonawca ma prawo domagania się od Izby wydania orzeczenia uwzględniającego odwołanie i nakazującego Zamawiającemu – jak w przedmiotowej sprawie – zastosowanie procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero po jej zastosowaniu będzie istniała pewność, czy Przystępujący wykonawca dokona prawidłowego uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko Izby potwierdza także orzeczenie Sądu Okręgowego w w Bielsku-Białej z dnia 18 maja 2010 r., wydane w sprawie o sygn. akt: II Ca 199/10.

Co do zarzutu nie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy Indra w do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co do przedłożonych oświadczeń i dokumentów w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Izba uznała zasadność tego zarzutu. W tym zakresie Izba stwierdziła, iż w związku z nakazaną w wyniku potwierdzenia się wskazanego powyżej zarzutu ponowną czynnością badania i oceny ofert, zasadnym będzie również wezwanie wykonawcy Indra do wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów przedłożonych wraz z ofertą na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia z

uwagi na to, że dokumenty te zawierają istotne nieścisłości mogące mieć znaczenie dla weryfikacji spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu przez Indra.

Izba w tym zakresie ustaliła, że opisu warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Zamawiający dokonał w pkt 6.1.2 Instrukcji dla wykonawców. Wskazał tam, że wykonawcy powinni wykazać się, że należycie wykonali odstawy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, uruchomionego systemu informacji pasażerskiej lub uruchomionego systemu monitoringu wizyjnego w pojazdach komunikacji publicznej o łącznej wartości nie niższej niż 1 000 000 zł brutto. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 4 do SIWZ w piśmie z dnia 20 lipca 2011 r. doprecyzował opisany warunek, wskazując, że w tym zakresie wymaga wykazania należycie zrealizowanych dostaw uruchomionego systemu informacji pasażerskiej w pojazdach komunikacji publicznej o wartości nie niższej niż 1 000 000 zł brutto lub wykazania należycie

24

zrealizowanych dostaw uruchomionego systemu monitoringu wizyjnego w pojazdach komunikacji miejskiej o wartości nie niższej niż 1 000 000 zł .

Przystępujący w swojej ofercie przedłożył wykaz dostaw opisanych w pięciu pozycjach (1. System informacji pasażerskiej dla autobusów w „Jimenez Metropolitano”, La Rioja – 1 886 485 zł; 2. System nadzoru wideo dla autobusów w „Euskotren” Euskandi – 210 313 zł; 3. System informacji pasażerskiej i nadzoru wideo dla autobusów w „Lurraldebus”, Gipuzkoa – 30 233 503 zł; 4. System informacji pasażerskiej dla autobusów w „EMT Valencia” – 12 618 560 zł; 5. System informacji pasażerskiej dla autobusów w „TCC S.A.”, Pamplona – 3 746 135 zł) o łącznej wartości usług brutto: 48 694 006 zł. Przystępujący przedłożył dla nich także dokumenty wystawione przez odbiorców wykazywanych prac.

Przystępujący z ostrożności procesowej uzupełniając nowy wykaz prac przy piśmie procesowym z dnia 16 września 2011 r. złożonym Izbie, a także odrębnie Zamawiającemu, przywołał tylko dostawy w trzech pozycjach (1. System informacji pasażerskiej dla autobusów w „Jimenez Metropolitano”, La Rioja – ponad 1 064 000 zł, 2. System wizyjny w pojazdach komunikacji publicznej (Pilotażowy System Nadzoru Wideo na Pokładzie Autobusów) w „Lurraldebus”, Gipuzkoa – ponad 1 824 000 zł; 3. System informacji pasażerskiej dla autobusów („Pokładowy System Informacji”) w Lurraldebus, Gipuzkoa 2 413 000 zł) o łącznej wartości usług brutto ponad 5 301 000 zł.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba, dokonując oceny dokumentów złożonych przez Przystępującego wraz z ofertą, stwierdziła, że zawierają one istotne dla oceny spełnienia warunku nieścisłości. Prawie każda z wykazywanych prac swoim zakresem przedmiotowym – jak wynika z treści dokumentów wystawionych przez odbiorców prac – obejmuje oprócz prac objętych opisem warunku udziału w postępowaniu także innego rodzaju prace, np. wdrożenie systemu pomocy w zakresie eksploatacji oraz systemu ticketingu za pomocą kart zbliżeniowych w miejskim taborze miejskim, uruchomienie sieci doładowań i dystrybucji kart oraz systemu obsługi użytkownika (poz. 1 wykazu), system zarządzania płatnościami elektronicznymi, dostawa spersonalizowanych kart, konserwacja sprzętu komputerowego i oprogramowania (poz. 3 wykazu), integracja z systemami ticketingu, tworzenie spersonalizowanych sprawozdań i statystyk w celu optymalizacji i eksploatacji zarządzania taborzem (poz. 4 wykazu), integracja z istniejącymi systemami planowania, integracja z systemami ticketingu, tworzenie spersonalizowanych sprawozdań i statystyk w celu optymalizacji i eksploatacji zarządzania taborzem (poz. 5 wykazu). Tylko prace wykazane w poz. 2 wykazu swoim zakresem przedmiotowym obejmują wprost w całości zakres przedmiotowy odpowiadający opisowi warunku w SIWZ. Wartość tych prac jednak samodzielnie nie potwierdza spełnienia warunku z uwagi na wymaganą w warunku wartość 1 000 000 zł brutto (wartość prac z poz. 2 wykazu: 210 313 zł brutto).

25

Izba podziela – idąc za rozumieniem opisu warunku prezentowanym tak przez Zamawiającego, jak i Przystępującego w toku rozprawy, że istotne dla spełnienia warunku udziału wiedzy i doświadczenia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ było zsumowanie wartości wszystkich dostaw na łączną minimalną wartość 1 000 000 zł. Przedmiotowe dostawy jednak powinny odpowiadać rodzajem wymaganego w ramach warunku

doświadczenia. Tymczasem – jak wskazano powyżej – brak jest pewności, czy wykazane przez Przystępującego prace, biorąc pod uwagę ich pełną wartość, odpowiadają przedmiotowemu opisowi warunku, a więc, czy całą z wykazywanej wartości danych prac należało wziąć pod uwagę przy ocenie spełniania warunku. Powyższe zresztą potwierdził niejako sam Przystępujący w przedkładanym Izbie i Zamawiającemu w toku postępowania odwoławczego nowym wykazie prac, w którym ograniczył zakres wykazywanych prac, ale także co do ponownie wykazanych tych samych 3 prac – ograniczył ich wartość.

Z tych też względów Zamawiający co najmniej powinien powyższe nieścisłości zawarte w ofercie Indra pomiędzy oświadczeniem wykonawcy – wykaz prac, a dokumentami wystawionymi przez odbiorców tych prac wyjaśnić z wykonawcą z trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Dokonując oceny pozostałych zarzutów odwołania, Izba uznała, że nie zasługiwały one na uwzględnienie.

Co do zarzutów dotyczących nieprawidłowych gwarancji wadialnych w ofertach Indra oraz Novamedia Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w SIWZ w pkt 9 wprowadził wymagania wobec wadium. W pkt 9.5.5 SIWZ wprowadził wymóg co do treści gwarancji wadialnych (bankowych/ubezpieczeniowych), wskazując, że w gwarancji winno znaleźć się zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty na pierwsze pisemne żądanie zapłaty Zamawiającego, zawierające oświadczenie m.in., że „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub pełnomocnictw oraz nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

Do oferty Indra dołączono gwarancję bankową nr 9340.03.1186897-11 z dnia 28 lipca 2011 r. wystawioną przez bank La Caixa. W spornym pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem zakresie gwarancja zawiera wskazanie co do sytuacji związanej z możliwością skorzystania z kwoty zabezpieczenia wadialnego w wysokości 300 000 PLN: „wystąpiła okoliczność, o której mowa w art. 46 ust. 4a w/w ustawy, tj.: Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 tejże ustawy, nie

26

złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tejże ustawy, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.” (pkt 2 gwarancji).

Do oferty Novamedia dołączono gwarancję ubezpieczeniową nr 953-A-289085 z dnia 5 sierpnia 2011 r., wystawioną przez Uniqa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. W spornym pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem zakresie gwarancja zawiera wskazanie co do sytuacji związanej z możliwością skorzystania z kwoty zabezpieczenia wadialnego w wysokości 300 000 PLN: „Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

Biorąc pod uwagę przywołane zapisy gwarancji wadialnych wykonawcy Indra oraz Novamedia Izba nie stwierdziła, aby zawierały one postanowienia świadczące o jakiegokolwiek warunkowości wypłaty przez gwaranta świadczenia objętego zakresem gwarancji wadialnych. Zarówno w gwarancji bankowej Indra, jak i gwarancji ubezpieczeniowej Novamedia obok opisu sytuacji ustawowych, wskazujących na możliwość zatrzymania przez Zamawiającego wadium w postępowaniu, określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, wymieniono także sytuację opisaną w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Sytuacja ta - okoliczność wskazująca na możliwość zaspokojenie się przez Zamawiającego z gwarancji wadialnych ze swej natury i ustawowego opisu ma w pewnym sensie warunkowy charakter – nie złożenie określonych dokumentów na wezwanie zamawiającego, chyba że (pod warunkiem, że) wykonawca udowodni, że niezuzupełnienie tych dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Powyższe stwierdzenie jednakże nie wskazuje na warunkowość samej gwarancji wadialnej. Jeśli bowiem Zamawiający powoła się na taką okoliczność (wykonawca nie uzupełnił dokumentu i nie udowodnił – Zamawiającemu - że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie), dysponując ważną gwarancją wadialną, gwarant powinien mu

wypłacić sumę gwarantowaną tym dokumentem. W tym bowiem zakresie nie chodzi o warunkowość wypłaty samej gwarancji, tylko o ustawowo sformułowany warunek zatrzymania wadium w określonych przewidzianych prawem warunkach. Słusznie zatem twierdził w toku rozprawy Zamawiający, że nie można czynić wykonawcom jakichkolwiek zarzutów, w sytuacji gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedstawiają oni gwarancje wadialne, w których posłużono się literalnymi zapisami przepisu ustawy Pzp (art. 46 ust. 4a), nawet jeśli w tym zakresie sam Zamawiający nieco zmodyfikował w SIWZ swoje wymogi. Przepisy ustawy Pzp w zakresie wadium mają bowiem charakter norm *ius cogens* zatem nawet ich ewentualna zmiana przez Zamawiającego w SIWZ nie powoduje, że zmienia się dyspozycja normy prawnej przewidzianej w przepisie

27

prawa w stosunkach pomiędzy podmiotami danego stosunku prawnego (zamawiający – wykonawcy).

Dodatkowo także należy wskazać, że obydwie gwarancje wadialne w swojej treści mają wyraźne literalne wskazanie, że są to gwarancje nieodwołalne i bezwarunkowe, co jednoznacznie potwierdza ich charakter.

Bez znaczenia dla Izby dla oceny przedmiotowych zarzutów odwołania były przedstawione w tym zakresie przez Odwołującego w toku rozprawy dowody, tj. kopie gwarancji wadialnych wystawionych przez ten sam Bank, który wystawił sporną gwarancję dla Indra w niniejszym postępowaniu. Gwarancje te zostały wystawione w innych sprawach, w jednym przypadku - dla innego podmiotu i nie mogły podlegać ocenie Izby pod kątem badania prawidłowości gwarancji złożonej w niniejszym postępowaniu. W tym zakresie ocenie podlegała jedynie treść gwarancji przedłożonych przez Indra i Novamedia wraz z ofertami w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych też względów zarzuty dotyczące wadium w ofertach Indra i Novamedia należało oddalić.

Co do zarzutu dotyczącego nie przedłożenia w ofertach Indra i Novamedia szkicu harmonogramu prac dla zadań I, II i III, Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w pkt 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia, który zgodnie z pkt 3.2. Instrukcji dla wykonawców stanowił integralną część SIWZ, wskazał, że: „Wykonawca jest zobowiązany do złożenia szkicu harmonogramu prac dla zadań I, II i III. Przed podpisaniem umowy harmonogram ten zostanie doprecyzowany i jednocześnie będzie stanowił załącznik do umowy”.

Jednocześnie też w pkt 15.2 Instrukcji dla wykonawców, zamieszczonym w pkt 15 tytułowanym: „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze

28

oferty w celu zawarcie umowy w sprawie zamówienia” wskazał, że: „ Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, przed zawarciem Umowy, zobowiązany będzie do opracowania i uzgodnienia z Zamawiającym harmonogramu realizacji Umowy, który będzie stanowił załącznik nr 6 do Umowy. Zamawiający przewiduje w trakcie realizacji Umowy zmianę terminów wykonania poszczególnych prac pod warunkiem, że termin zakończenia realizacji Umowy nie ulegnie przedłużeniu za wyjątkiem okoliczności, o których mowa w § 13 Umowy”.

Do ofert Indra i Novamedia nie dołączono ani harmonogramu prac ani też szkicu tego harmonogramu, co jest okolicznością bezsporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikami.

Izba, dokonując wykładni przywołanych zapisów SIWZ, stwierdziła, że postanowienia te wprost nie przewidują obowiązku dla wykonawców dołączania do ofert ani harmonogramu prac, ani też jego szkicu. Co prawda pkt 8 Opisu przedmiotu zamówienia mógłby ewentualnie wskazywać na przedłożenie szkicu harmonogramu przez wykonawcę jeszcze przed podpisaniem umowy, ale nie wskazano tam nawet, że taki szkic ma być złożony

wprost z ofertą, stąd też brak szkicu harmonogramu nie mógłby rodzić dla wykonawcy negatywnych skutków. Jednakże, w ocenie Izby, w tym zakresie należy przeprowadzić łączną wykładnię dwóch postanowień SIWZ: pkt 8 Opisu przedmiotu zamówienia oraz 15.2 Instrukcji dla wykonawców, który to punkt SIWZ odnosi się do czynności związanych z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łączna - systemowa wykładania tych dwóch postanowień SIWZ nie pozostawia wątpliwości – w ocenie Izby - że Zamawiający oczekiwał sporządzenia harmonogramu prac z wybranym przez siebie w postępowaniu wykonawcą, a więc po jego wyborze, a przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przyjęcie nawet, że do oferty powinien być dołączony szkic harmonogramu bez jednoczesnego określenia przez Zamawiającego co powinno się w takim dokumencie znaleźć nie mogłoby świadczyć o tym, że taki szkic harmonogramu mógłby stanowić treść oferty, tym samym też brak szkicu harmonogramu prac nie mógłby być oceniany w trybie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, o czym mowa w zarzucanym przez Odwołującego naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z tych też względów zarzuty dotyczące braku szkicu harmonogramu prac i niezgodności treści w ofertach Indra i Novamedia z treścią SIWZ należało oddalić.

Co do zarzutu dotyczącego nie żądania przez Zamawiającego uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie przez Indra warunku zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał opisu wskazanego warunku udziału w postępowaniu w pkt 6.1.4 SIWZ, wskazując tak, iż wymaga potwierdzenia posiadania przez

29

wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę 3 000 000 zł. Przystępujący w swojej ofercie zamieścił oświadczenie banku Banco Espanol De Credito S.A. z dnia 20 lipca 2011 r. o tym, że Indra posiada linię kredytową na kwotę 15 milionów euro oraz linię doręczeniową z limitem 100 milionów euro.

Do pisma procesowego z dnia 16 września 2011 r. przekazanego Izbie oraz Zamawiającemu dołączone zostało dodatkowo – jak wskazał Przystępujący – z ostrożności procesowej oświadczenie Banco Espanol De Credito S.A. z dnia 20 lipca 2011 r. potwierdzające dodatkowo, że Indra posiada otwartą linię kredytową do wartości 15 milionów euro, z której 600 000 euro zostało już wykorzystane, oraz linię na gwarancje bankowe z limitem 100 000 000 euro, z której 71 miliony euro zostały już wykorzystane.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do kwestionowania załączonych do oferty Indra dokumentów, które potwierdzają, że Przystępujący posiada otwartą linię kredytową na kwotę znacznie przekraczającą zakres wartościowy warunku opisanego przez Zamawiającego (Zamawiający wymagał 3 mln złotych zaś otwarta linia kredytowa odnosi się do kwoty 15 mln euro). Dysponowanie otwartą linią kredytową wskazuje na możliwość uzyskania określonej, objętej limitem banku kwoty tytułem środków kredytowych, co tym bardziej potwierdza zdolność kredytową wskazanego wykonawcy i tym samym potwierdza spełnienie opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący tymczasem w żaden wiarygodny sposób nie podważył, tj. nie przedstawił żadnych dowodów w sprawie, wskazujących na sytuację, w której ewentualnie Przystępujący byłby pozbawiony możliwości korzystania z przyznanej mu linii kredytowej, czy to z uwagi na wyczerpanie wyznaczonego mu limitu, czy też z innych względów.

Z tych też względów zarzut dotyczący nie żądania wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego sytuację finansową i ekonomiczną Indra należało oddalić.

Co do zarzutu dotyczącego nie żądania przez Zamawiającego uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie przez Novamedia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba potwierdza w tym zakresie ustalenia co do zapisów SIWZ i wyjaśnień treści SIWZ dokonane przy opisie analogicznego zarzutu podniesionego wobec wykonawcy Indra. Dodatkowo Izba ustaliła, że wykonawca Novamedia do swojej oferty załączył wykaz prac z jedną pracą wykonaną na rzecz odbiorcy: Pojazdy Szynowe PESA S.A. z siedzibą w Bydgoszczy. Był to System Rejestracji Obrazu, Emisji Reklam i Informacji Pasażerskiej na kwotę 3 401 000 zł PLN. Do oferty tego wykonawcy dołączono także dokument odbiorcy tych prac, wskazujący na prawidłową ich realizację.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz opis tego zarzutu odwołania i przywołanej w

podstaw do kwestionowania zakresu wykonanych i wykazywanych przez Novamedia prac na rzecz PESA S.A. Wskazane w treści dokumentu referencji prace odnoszą się do zakresu przedmiotowego objętego opisem warunku w SIWZ i wskazują na wymaganą łączną wartość tych prac na poziomie minimalnym 1 000 000 zł. Wykaz prac i przedstawione referencje wskazują na dostawę i realizację dostawy systemów w pojazdach tramwajowych, a więc komunikacji publicznej, związanych z rejestracją obrazu w tych pojazdach, emisji reklam i informacji pasażerskiej, które to projekty są realizowane wspólnie przez PESA i Novamedia. Tym samym zatem - w ocenie Izby - brak jest podstaw do kwestionowania tak zakresu prac, ich wartości, jak i okoliczności, że wykonaniem tych prac może wykazać się wskazany wykonawca.

Z tych też względów zarzut dotyczący nie żądania wezwania do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia przez Novamedia należało oddalić.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, uznając jednocześnie, że stwierdzone przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp mają wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Zamawiającego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – zarówno koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego, jak również koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy oraz koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę w oparciu o fakturę Vat przedłożoną w toku rozprawy wystawioną przez podmiot sprzedający usługę przewozu, a nie przez Kancelarię prawną świadczącą usługę reprezentacji wykonawcy.

Przewodniczący: