

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 kwietnia 2010 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Marzanna Góral (spr.)

Sędziowie: SSO Maja Smoderek

SSR del. Beata Gutkowska

Protokolant: Małgorzata Andrychowicz

po rozpoznaniu w dniu 12 kwietnia 2010 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Venessa Sp. z o.o. w Warszawie

przeciwko zamawiającemu m.st. Warszawa Zarząd Dróg Miejskich
z udziałem interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego
Konsorcjum firm Signalbau Huber Sp. z o.o.; Signalbau Huber GmbH
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 18 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1666/09

1. oddala skargę,
2. zasądza od Venessa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz m.st. Warszawy Zarządu Dróg Miejskich oraz na rzecz Konsorcjum Firm Signalbau Huber Sp. z o.o., Signalbau Huber GmbH kwoty po 1200 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

...

**Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność sekretarz .«**

ODPIS

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 18 grudnia 2009r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Venessa Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego(którego przedmiotem jest konserwacja sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa w czterech niezależnych obszarach) prowadzonego przez zamawiającego miasto stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich - oddaliła odwołanie i obciążyła odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

U podstaw powyższego rozstrzygnięcia leży następujące ustalenia i rozważania:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa w czterech niezależnych obszarach” Numer postępowania DZP/48/PN/33/09, zostało wszczęte przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 135-197692 w dniu 17.07 2009 r. W dniu 20.10.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie (pismo z dnia 19.10.2009 r.) o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w części IV - obszar IV Konsorcjum firm: 1) Signalbau Huber Sp. z o.o., ul. Kopijników 75 A, 03-274 Warszawa (lider), 2) Signalbau Huber GmbH, Kelterstrasse 67, 72669 Unterensingen (partner) z adresem na lidera konsorcjum, zwanym dalej: „Konsorcjum Signalbau” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu oceny ofert w niniejszej części zajęła oferta firmy: Venessa Sp. z o.o. ul. Puławska 300. 02-819 Warszawa zwana dalej: „Venessa Sp. z o.o.” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”.

W dniu 27.10.2009 r. Venessa Sp z o.o. złożyła protest wobec czynności i zaniechania czynności określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 7 ust. 1 i - art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp oraz 2) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp, a także innych wynikających z uzasadnienia niniejszego protestu. Wnosił o uwzględnienie protestu i dokonanie: 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w części IV - obszar IV, 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, 3) wykluczenie Konsorcjum Signalbau z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, 4) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w cz IV. Protestujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając ofertę Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum Signalbau nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3. SIWZ (potencjał kadrowy) oraz w pkt 7.2.5. SIWZ (doświadczenie wykonawcy).

W pierwszym wypadku Protestujący stwierdził, że Konsorcjum Signalbau przedstawiło wykaz zawierający informacje p 37 osobach wchodzących w skład kadry pracowniczej, podczas gdy do spełnienia warunku (w przypadku składania oferty w 3 częściach zamówienia) wymagane było, aby dysponował co najmniej 38 osobami. Z powyższego względu Zamawiający pismem z dnia 8.10.2009 r. wezwał w/w Konsorcjum do uzupełnienia m.in. informacji o osobach Jednakże, w ocenie Protestującego, Konsorcjum co prawda uzupełniło pismem z dnia 12.10.2009 r. powyższą informację o osobę Pana Artura Zakabłukowskiego, jednakże z treści pisma wynika, iż Konsorcjum wskazaną osobę „posiada do dyspozycji”, nie wynika jednak, że dysponował nią na dzień składania ofert (art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp). Tym samym zdaniem protestującego złożone uzupełnienie nie potwierdza spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu na dzień wskazany w Pzp i nie może być podstawą do uznania, iż Konsorcjum spełnia warunek udziału. Przyjęcie przez Zamawiającego stanowiska, iż można spełnić warunek udziału w postępowaniu poprzez

wykazanie, iż dysponuje się - ale nie i że dysponowało się w dniu składania ofert - odpowiednim potencjałem kadrowym według protestującego jest sprzeczne z art. 26 ust. 3 Pzp, a także narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W drugim wypadku Protestujący stwierdził, że Konsorcjum Signalbau przedstawiło w swoim Wykazie wykonanie trzech zamówień. Aby możliwe było uznanie, iż wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie, konieczne było - zgodnie z pkt 7.2,5. S1WZ - przedstawienie co najmniej jednego zamówienia polegającego na prowadzeniu konserwacji urządzeń świetlnych na minimum 150 skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych, przejazdów tramwajowych (a w przypadku składania oferty w 3 częściach zamówienia - 450 skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych, przejazdów tramwajowych) Z przedstawionego Wykazu wynika, iż zamówienie w mieście Stuttgart obejmowało konserwację sygnalizacji świetlnych na 384, a w mieście Hannover na 530 skrzyżowaniach. Na potwierdzenie należytego wykonania ww. zamówień, Konsorcjum Signalbau przedstawiło referencje. Protestujący zwrócił uwagę, iż referencje przedstawione dla ww. zamówień wystawione są w języku niemieckim, posługują się tymi samymi ilościami (384 i 530), ale według załączonych przez Protestującego do protestu tłumaczeń tłumaczy przysięgłych odnoszą się do urządzeń sygnalizacji świetlnej, a nie skrzyżowań. Podkreślił, że występuje zasadnicza różnica pomiędzy określeniami: 1) „Konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnej na 384 skrzyżowaniach”, a 2) „konserwacja 384 urządzeń sygnalizacji świetlnej”. Pojęcia te, jak wskazał Protestujący, nie są tożsame, co potwierdza także treść referencji wystawionej przez Zamawiającego dla Signalbau Huber sp. z o.o., w której przeczytać można, że wykonawca ten prowadził konserwację urządzeń sygnalizacji świetlnej w liczbie 3384 szt. sygnalizatorów na 181 skrzyżowaniach. W opinii protestującego z powyższego wynika, że liczba konserwowanych urządzeń sygnalizacji świetlnej nie jest tożsama z liczbą skrzyżowań, a w konsekwencji nie może być prawdą oświadczenie wykonawcy, iż konserwował urządzenia sygnalizacji świetlnej na 384 skrzyżowaniach, jeśli jednocześnie referencja dotyczy zamówienia konserwacji 384 urządzeń sygnalizacji świetlnej. W tym zaś stanie rzeczy Konsorcjum Signalbau nie wykazało iż spełnia warunek udziału dotyczący wymaganego doświadczenia zawodowego, a Zamawiający wadliwie zaniechał czynności wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp., gdyż posiadając zarówno Wykaz, jak i załączone referencje powinien był powziąć wątpliwość co do treści Wykazu, tj. co do ilości skrzyżowań, na których w/w Konsorcjum realizowało usługę konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnych.

W dniu 27.10.2009r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 30.10.2009r., do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się Konsorcjum Signalbau. w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie protestu w całości.

W dniu 09.11.2009 r. zostało wniesiono odwołanie na oddalenie protestu. W którym to odwołaniu podtrzymano zarzuty i wnioski oraz argumentacje z protestu wskazując, że zamawiający naruszył wymienione przepisy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia, względnie uzupełnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum Signalbau, a w konsekwencji zaniechanie jego wykluczenia. Konsorcjum, pomimo iż nie wykazało że spełnia warunek udziału w postępowaniu, zostało dopuszczone do udziału w postępowaniu, a jego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą. W ramach wniosków złożył wniosek o powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania, w dniu 17.12.2009 r przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum Signalbau wnosząc o oddalenie odwołania w całości, podtrzymał wcześniejszą argumentację z przystąpienia i dodatkowo wskazując, że sformułowanie użyte w piśmie z dnia 12.10.2009 r. wynikało i było odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego z dnia 08 10 2009 r., w którym wezwał Zamawiający do wykazania, że składając ofertę musi mieć do dyspozycji 38 osób kadry pracowniczej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, jak również, że istniały podstawy do uznania, że Wykonawca wnoszący przedmiotowe odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Zdaniem Izby Odwoławczej, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert w części IV - obszar IV zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma bowiem szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od powyższego w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż zarzuty w nim podniesione nie były zasadne, względnie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp, poprzez uznanie, że uzupełnione pismem z dnia 12.10.2009 r. przez Konsorcjum Signalbau dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego potencjału kadrowego na dzień składania ofert, a w konsekwencji zaniechania wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Krajowa Izba Odwoławcza miała na uwadze następujące ustalenia: Zamawiający w pkt 7 SIWZ zawarł opis warunków udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wskazał, że ocena spełniania warunków wymaganych od Wykonawców zostanie dokonana wg formuły „spełnia - nie spełnia”. Wymaga, aby Wykonawca spełniał niżej określone warunki ogólne i szczegółowe. Zaś nie spełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. W pkt 7.2.3 SIWZ Zamawiający określił, że w ramach potencjału kadrowego: „Wykonawca musi mieć do dyspozycji osobę legitymującą się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk jakie zostaną im powierzone, w szczególności określonymi przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr/56, póź. 1118 z późn. zm.). Wykonawca przedstawi w ofercie kandydatów na każde stanowisko wymienione poniżej:

STANOWISKO/WYMAGANA LICZBA OSÓB/DOŚWIADCZENIE

a) *Kierownik robót elektrycznych /1 osoba (niezależnie od ilości obszarów)/minimum 2 lata doświadczenia jako kierownik podobnych robót lub zastępca kierownika.*

b) *Kadra pracownicza z przygotowaniem zawodowym w zakresie elektrycznym lub elektronicznym z uprawnieniami SEP min. do I/V/12 osób - obszar I, 12 osób - obszar II; 14 osób - obszar III; 12 osób - część IV (w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część wymagana liczba osób stanowi sumę osób wymaganych dla poszczególnej części)/ minimum 2 lata doświadczenia jako elektryk.*

Kierownik winien posiadać odpowiednie uprawnienia branżowe oraz zaświadczenie o wpisie na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (zgodnie z ustawą z dnia 15.12.2000 roku o samorządach zawodowych architektów inżynierów budownictwa oraz urbanistów -Dz. U. z dnia 24 stycznia 2001 roku Nr 5, póź. 42 z późn. zm.)

Osobami / Kandydatami na stanowiska wymienione w powyższej tabeli mogą być obywatele państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, zgodnie z art. 12a ustawy Prawo budowlane oraz zgodnie z regulaminem postępowania w sprawie uznania kwalifikacji zawodowych w budownictwie w Polsce osób z państw Europejskich Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej”.

W ramach pkt 8. SIWZ: „, WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W PRZEDMIOTOWYM POSTĘPOWANIU (dokumenty podmiotowe)” Zamawiający wskazał m.in. w pkt 8.10. - Informację o osobach, które będą brać udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia („Potencjał kadrowy”) - za), nr 2, Stwierdził, że informacja musi zawierać dane na temat kwalifikacji i doświadczenia wskazanych osób, potwierdzając jednocześnie spełnienie warunku określonego w pkt. 7,2.3. Do informacji winny być dołączone kopie uprawnień, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, (wraz z aktualnym dokumentem potwierdzającym przynależność do Izby Inżynierów Budownictwa). Ponadto, zgodnie z pkt 8.10.1. SIWZ Zamawiający wymagał także pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia

osób zdolnych do wykonywania zamówienia, jeżeli w informacji, o której mowa w pkt. 8.10.. Wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował. Określił także w pkt 10 SIWZ: „*OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY*” precyzując w pkt 10.2.2 , iż oferta winna zawierać wypełniony formularz „Oferta” (zgodny w treści z wzorem stanowiącym Załącznik do SIWZ) oraz m.in. oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia warunków ogólnych i szczegółowych, wymienione w pkt. 8 SIWZ. Konsorcjum Signalbau złożyło ofertę na cz. 1, III i IV. Na str. 76 oferty załączyło wymagany załącznik nr 2 dotyczący potencjału kadrowego wykazując 1 kierownika robót elektrycznych oraz 37 osób kadry pracowniczej. Zaś na str. 77 do 124 oferty dołączył niezbędne uprawnienia wraz z aktualnymi dokumentami potwierdzającymi przynależność do Izby Inżynierów Budownictwa. Z uwagi na wykazanie 37 osób kadry pracowniczej, zamiast wymaganych 38 (wobec złożenia oferty na wskazane powyżej 3 części) Zamawiający pismem z dnia 8.10.2009 r. faxem wezwał w/w Konsorcjum do uzupełnienia m.in. informacji o osobach. Pismem z dnia 12.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii w dniu 15-10.2009 r) uzupełnił powyższą informację złożoną w ofercie o osobę Pana Artura Zakabłukowskiego posiadającego 5 letnie doświadczenie jako elektryk, wraz z kopią odpowiednich uprawnień SEP E nr. 46/073/2007 ważnych od dnia 28.02.2007 r. do dnia 27.02.2012 r. Wskazując w/w osobę stwierdził, że: „*posiada do dyspozycji oprócz osób kadry pracowniczej przedstawionych w ofercie dodatkowo następującą osobę kadry pracowniczej*”. W świetle powyższych ustaleń w ocenie Izby po pierwsze Przystępujący-Konsorcjum Signalbau skutecznie dokonało uzupełnienia wykazywanego potencjału kadrowego czynnością z dnia 12.10.2009 r.. Po drugie, zasadnym jest przyjęcia stanowiska wynikającego z przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a ponowionego na rozprawie, że udzielona odpowiedź, tj. dokonane uzupełnienie należy rozpatrywać w kontekście treści skierowanego przez Zamawiającego wezwania, Skoro w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 8.10.2009 r. Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że: „*(-) Wykonawca składając ofertę na obszar I, II i IV musi mieć do dyspozycji 38 osób kadry pracowniczej. W złożonej ofercie przedstawione zostały 37 osób, prosimy o uzupełnienie. (...)*”, to uzyskaną odpowiedź należy odnosić do momentu czasowego związanego z złożeniem oferty: „*składając ofertę*”. W konsekwencji oświadczenie złożone w ramach uzupełnienia dokonanego czynnością z dnia 12.10.2009 r. odnosi się do terminu złożenia oferty, nie zaś terminu wynikającego z daty pisma. Stanowisko Odwołującego przedstawione w tym zakresie, Izba uznała za nietrafne. Po trzecie, Izba kierowała się także w tej materii zasadą wynikającą z art 65 § 1 kc, zgodnie z którą: „*Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje*”. Przy czym, Izba nie wzięła pod uwagę oświadczenia w tej materii złożonego na rozprawie przez Przystępującego. Uznając jednakże, iż w toku dokonanych przystąpień wyjaśnił on okoliczności związane z jego złożeniem, co czyni zastosowanie art. 26 ust 4 Pzp niecelowym. Po czwarte, zdaniem Izby Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że Przystępujący nie dysponował w terminie składania oferty osobą Pana Artura Zakabłukowskiego. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 1 pkt 10 w zw. z art. 7 ust. 1 i - art. 26 ust. 3 zd, drugie Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Signalbau do wyjaśnień dotyczących wykazu wykonanych zamówień, tj. póż. 1 i 3 i załączonych odnoszących się do nich referencji, względnie do uzupełnienia przywołanego wykazu o dodatkowe zamówienia spełniające warunek wymaganego doświadczenia zawodowego , Krajowa Izba Odwoławcza miała na względzie następujące ustalenia: Zamawiający w pkt 7 SIWZ zawarł opis warunków udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wskazał, że ocena spełniania warunków wymaganych od Wykonawców zostanie dokonana wg formuły „spełnia - nie spełnia”. Wymaga, aby Wykonawca spełniał niżej określone warunki ogólne i szczegółowe. Zaś nie spełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. W pkt 7,2.5 SIWZ Zamawiający określił, że w ramach wymaganego doświadczenia zawodowego: „*Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje zamówienie polegające na prowadzeniu konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnej z zachowaniem ciągłości zlecenia przez minimum 6 miesięcy, na minimum 150 skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych, przejazdach*

tramwajowych w aglomeracji miejskiej o populacji nie mniejszej niż 100 000 mieszkańców. Wymagania dotyczą złożenia oferty na jedną część. W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część należy wykazać się doświadczeniem stanowiącym sumą wymagań dla jednej części (np.: oferta na trzy części: 450 skrzyżowań, 300.000 mieszkańców.). W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku Wykonawca musi przedstawić wykaz wykonanych usług, a także dołączyć dokumenty, w których Zamawiający potwierdził poprawność, rzetelność, terminowość oraz nazwę zrealizowanych lub realizowanych zamówień, a w przypadku zakończenia zamówienia 30 dni przed terminem składania ofert protokołem odbioru- Bez względu na ilość składanych części”,

W ramach pkt 8. SIWZ: „ WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W PRZEDMIOTOWYM POSTĘPOWANIU (dokumenty podmiotowe)” Zamawiający wskazał m.in. w pkt 8.11. - Informacje o doświadczeniu zawodowym Wykonawcy („Doświadczenie zawodowe”) - zał. nr. 3. Informacja musi zawierać dane potwierdzające spełnienie warunku określonego w pkt. 7.2.5. Do informacji winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji usługi zostały wykonane należycie. Określił także w pkt. 10 SIWZ: „OP/S SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT” precyzując w pkt. 10.2.2., iż oferta winna zawierać wypełniony formularz „Oferta” (zgodny w treści z wzorem stanowiącym Załącznik do SIWZ) oraz m.in. oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia warunków ogólnych i szczegółowych, wymienione w pkt. 8 SIWZ. Konsorcjum Signalbau złożyło ofertę wraz z wykazem wykonanych zamówień (str. 125 oferty) oraz dokumentami potwierdzającymi, że wymienione w wykazie usługi zostały wykonane należycie (str. 126 do 131 oferty) Niniejsze konsorcjum wykazało 3 zamówienia, w póź. 1 wykazu - zamówienie realizowane dla Stuttgartu Stołecznego Miasta Landu (od 01.06.2001 r. - nadal realizowane), konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnych na 384 skrzyżowaniach, w póź. 2 wykazu - zamówienie zrealizowane dla Zarządu Dróg Miejskich - Warszawa (od 31.10.2006 r. do 30.11.2007 r), konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnych na 181 skrzyżowaniach oraz w póź. 3 wykazu - zamówienie realizowane dla Hanoweru Stołecznego Miasta Landu (od 01.07.2000 r. - nadal realizowane), konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnych na 530 skrzyżowaniach. Dokumenty potwierdzające, że usługi wymienione w póź. 1 i 3 wykazu zostały wykonane należycie dotyczyły niemieckiego partnera Konsorcjum, tj. Signalbau Huber GmbH i zostały złożone w języku niemieckim (str. 127-128 oraz 130 oferty) wraz z tłumaczeniem dokonany przez tłumacza przysięgłego (str. 129 oraz 131 oferty). Tłumaczenia wskazują w pierwszym wypadku, że chodzi o 1 - sygnalizację z rozdziałem na poszczególne pasy jezdni oraz 384 - sygnalizacji świetlnych skrzyżowań ulicznych (tłumaczenie dokumenty wystawione przez miasto Stuttgart), w drugim wypadku stwierdzają, że: „Do systemu sygnalizacji świetlnych włączono 530 instalacji sygnalizacji świetlnych skrzyżowań ulicznych „Od roku 1998 wybudowano następne 110 instalacji sygnalizacji świetlnych skrzyżowań ulicznych (^".Protestujący dołączył do protestu tłumaczenia przedłożonych przez Konsorcjum Signalbau listów referencyjnych z których wynika, że w pierwszym wypadku, że chodzi o 1-sygnalizację z rozdziałem na poszczególne pasy jezdni oraz 384 - urządzeń sygnalizacji świetlnej, w drugim wypadku stwierdzają, że: „Do systemu sygnalizacji świetlnych włączono ok. 530 urządzeń sygnalizacji świetlnej „Od roku 1998 wybudowano następne 110 urządzeń sygnalizacji świetlnej Dodatkowo załączył listy referencyjne wraz z tłumaczeniami z 2006 r wystawione przez miasto Hanower i Stuttgart, które odnoszą się do tych samych zamówień co wykazywane w niniejszym postępowaniu, ale według stanu na rok 2006. W niniejszych tłumaczeniach listów referencyjnych o analogicznej treści (z różnicami tylko co do wskazywanych ilości) wskazuje, że przedmiotem realizacji usług były: „urządzenia sygnalizacji świetlnej”. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że po pierwsze przedłożone na rozprawie przez Przystępującego dowody, tj. wyciąg wraz z tłumaczeniem niemieckiej normy DIN VDE 0832-100 2007 oraz wyciąg wraz z tłumaczeniem niemieckich wytycznych dotyczących sygnalizacji świetlnej skrzyżowań ulicznych potwierdzają zasadność jego argumentacji. Po drugie, z treści pkt 7.2.5 SIWZ nie wynika, że należało się wykazać realizacją usługi konserwacji całej instalacji sygnalizacji świetlnej, wystarczające było wykazanie się realizacją usługi konserwacji jakiegokolwiek elementu instalacji sygnalizacji świetlnej byleby zostało potwierdzone, że miało to miejsce na 450 skrzyżowaniach. Po trzecie, Izba uznaje że wiarygodne wyjaśnienie dokonane przez Przystępującego na rozprawie odnośnie różnicy w tłumaczeniu listów referencyjnych z 2006 r. względem tłumaczeń listów referencyjnych z 2009 r. Uznając, że zaistniała różnica wynikała

także z uwzględnienia przez tłumacza przysięgłego okoliczności wynikających z normy i prawa niemieckiego dotyczącego rozumienia sformułowania: „Lichitsignalanlagen”. Po czwarte, abstrahując od wskazanych okoliczności, należy zauważyć za orzecznictwem KIO, że to oświadczenie woli zawarte w przedstawionym wykazie ma potwierdzać spełnianie warunku udziału wymaganego doświadczenia zawodowego, listy referencyjne, czyli dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia nie muszą być literalnym powtórzeniem treści oświadczeń złożonych w ramach wykazu. Bezsprzecznie potwierdzały one należyte wykonanie zamówienia, czyli spełniały swoją rolę w tym zakresie. Po piąte, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący nie spełniał, na bazie dokumentów złożonych do oferty, warunku wymaganego doświadczenia, zaś uzyskane w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego oraz na rozprawie wyjaśnienia dodatkowo potwierdziły istniejący w ofercie stan rzeczy, nie wymagający zastosowania art. 26 ust. 4, czy też uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W motywach powyższego wyroku wyjaśniono nadto, że KIO nie odnosiła się do zarzutów dotyczących niezgodności treści listów referencyjnych z przedmiotem zamówienia, uznając że z uwagi na ich nie podnoszenie tak na etapie protestu, jak i odwołania nie podlegają one rozpoznaniu (art. 191 ust 3 Pzp). Względem zarzutów dotyczących wadliwego rozpatrzenia złożonego przez Odwołującego protestu KIO wskazała na regulację objętą art. 183 ust. 3 Pzp, pozwalającą rozstrzygać protest poprzez brak jego rozstrzygnięcia, czyli milczenie, co stanowi oddalenie protestu.

Skargę od powyższego wyroku wniosła Spółka Yenessa Sp. z o.o. zaskarżać ją go w

punkcie 1 i punkcie 2 ust. 1 i ust.2 oraz wnosząc o:

1. zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zaskarżonej części i uwzględnienie odwołania;
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1. naruszenie prawa materialnego:
 - art. 24 ust. 1 pkt 10) w zw. z art.7 ust. 1 i art.26 ust.3 zd drugie pzp oraz art. 65§ lkc poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że uzupełnione pismem z dnia 12.10.2009r. przez Konsorcjum dokumenty potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wymaganego potencjału kadrowego na dzień składania ofert a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu i naruszenie przez to zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
 - art.26 ust.4 w zw. z art.7 ust. 1 pzp ewentualnie art.26 ust.3 pzp poprzez uznanie, iż w rozważanym stanie faktycznym nie było podstaw do wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia względnie uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane punktem 7.2.5 SIWZ doświadczenie, a w konsekwencji uznanie, iż wymagany warunek został spełniony;
2. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść orzeczenia, art. 192 ust.2 pzp i art.6 kc poprzez uznanie, że to skarżąca, a nie Konsorcjum winna udowodnić, że Konsorcjum w dacie składania oferty nie posiadało wymaganego przez Zamawiającego zasobu kadrowego, co skutkowało uznaniem, iż Konsorcjum posiadało wymagany zasób kadrowy zatem spełniło warunek by uczestniczyć w postępowaniu;

Zamawiający oraz Konsorcjum firm Signalbau Huber Sp. z o.o., ul. Kopijników 75 A, 03 - Warszawa (Lider Konsorcjum) i Signalbau Huber GmbH Kelterstrasse 67, 72669 Unterensingen (Partner Konsorcjum) - zwane dalej Konsorcjum, które zgłosiło interwencję uboczną **po stronie Zamawiającego w postępowaniu wywołanym skargą - wnosili o oddalenie skargi i zasądzenie na ich rzecz kosztów w tym postępowaniu według norm przepisanych.**

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie wobec bezzasadności podnoszonych w niej zarzutów.

Wbrew stanowisku skarżącej brak podstaw do uznania by zaskarżone orzeczenie zostało wydane z obrazą art. 24 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 zd. drugie pzp oraz art. 65 § 1 k.c. Na wstępie wypada jednak wskazać, że zarówno skarga jak i odwołanie odmiennie niż to wynika z dyspozycji art. 194 ust. 4 Pzp zawierają zarzuty, których Skarżąca nie zawarła w proteście, a których zgłoszenie na tym etapie postępowania należy uznać za niedopuszczalne. Zgodnie z art. 194 ust. 4 pzp, protest wyznacza zakres rozpoznania zarówno odwołania jak i skargi. W proteście bowiem powinny być zawarte wszystkie zarzuty dotyczące oprotestowanej czynności. Skarżąca tymczasem formułując zarzuty skargi podnosi, że Konsorcjum nie wykazało aby zatrudniało lub współpracowało z panem Arturem Zakabłukowskim w dacie składania ofert, podczas gdy zarzut ten nie był uprzednio podnoszony ani w proteście ani w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu. W proteście

Skarżąca podnosiła jedynie element czasowy, do którego należy odnosić oświadczenie złożone przez Konsorcjum w piśmie z dnia 12.10.2009 r. Wobec tego zdaniem Sądu Okręgowego przy rozpoznaniu niniejszej sprawy sąd był zobligowany jedynie do dokonania wykładni oświadczenia woli Konsorcjum z dnia 12.10.2009 r. w aspekcie czasowym, pomijając jednocześnie badanie kwestii formy zatrudnienia czy współpracy wskazanego pracownika z Konsorcjum. Abstrahując od powyższego, Skarżąca kwestionuje ustalenie KIO, negując fakt że Konsorcjum skutecznie dokonało uzupełnienia swojej oferty w zakresie potencjału kadrowego wymaganego przez Zamawiającego do wykonania zamówienia i zarzucała błędne przyjęcie przez KIO, że to na Skarżącą, w związku z podniesionymi przez nią zarzutami, spoczywał ciężar udowodnienia, że Konsorcjum w dniu składania ofert nie posiadało do dyspozycji pana Artura Zakabłukowskiego. Należy także wskazać, że Skarżąca zarzut o niespełnieniu wymogu co do potencjału kadrowego formułuje wyłącznie na podstawie literalnej interpretacji treści pisma Konsorcjum z dnia 12.10.2009 r., złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a konkretnie na podstawie użytego w piśmie sformułowania „*posiada do dyspozycji*”. Konsorcjum podtrzymuje stanowisko z przystąpienia do odwołania, że użyte w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego sformułowanie „*posiada do dyspozycji*” należy rozpatrywać w kontekście wezwania Zamawiającego. To bowiem w treści tego wezwania zostało użyte sformułowanie: „Wykonawca składając ofertę na obszarze I, II, IV musi *mieć do dyspozycji* 38 osób kadry pracowniczej. W złożonej ofercie przedstawione zostały 37 osób prosimy o uzupełnienie.” Z tak sformułowaniem wezwaniem w pełni koresponduje odpowiedź Konsorcjum o treści: „W odpowiedzi na pismo DZP/1013/09/Z, konsorcjum Signalbu Huber ... uzupełnia dokumenty: 1) pełnomocnictwo, 2) uzupełnienie potencjału kadrowego. Konsorcjum Signalbau Huber Sp z o.o. ... *posiada do dyspozycji* oprócz osób kadry pracowniczej przedstawionych w ofercie dodatkowo następującą osobę kadry pracowniczej”. Dalej nastąpiło wskazanie imienia, nazwiska, doświadczenia oraz numeru uprawnienia wskazanej osoby, świadczących o posiadanych przez nią kwalifikacjach zawodowych, podobnie jak wcześniej w przypadku 37 pozostałych osób kadry pracowniczej zgłoszonych w ofercie. W oparciu o powyższe ustalenia KIO trafnie oceniła, że tak sformułowana odpowiedź należy odnosić do momentu czasowego związanego ze złożeniem oferty i w konsekwencji należało uznać, że uzupełnienie dokonane pismem Konsorcjum z dnia 12.10.2009 r. odnosi się do terminu złożenia oferty, nie zaś terminu wynikającego z daty pisma. Zdaniem Sądu Okręgowego ocena oświadczenia z 12.10.2009 r. dokonana przez KIO jest logiczna i spójna, wobec tego nietrafny jest zarzut Skarżącej o nadinterpretację złożonego przez Konsorcjum oświadczenia. Niesłuszny jest także zarzut, jakoby KIO nie wskazała w oparciu o jakie okoliczności dokonała takiej oceny oświadczenia Konsorcjum. Z uzasadnienia KIO wynika dokładna analiza treści wezwania Zamawiającego oraz udzielonej odpowiedzi Konsorcjum i po porównaniu treści obydwu pism uznało, że korespondują one ze sobą, a użyte w odpowiedzi Konsorcjum sformułowanie „*posiada do dyspozycji*” jest wynikiem użytego w wezwaniu sformułowania „*ma do dyspozycji*”. Należy przy tym podkreślić tożsamość czasu teraźniejszego użytego w treści obydwu pism. Za wskazaną wyżej wykładnią oświadczenia woli Konsorcjum przemawiają także zasady doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania Powszechnym zwyczajem

jest bowiem, że w korespondencji urzędowej np. z sądami, urzędami itp., zwłaszcza zobowiązującej do uzupełnienia braków formalnych, bądź wyjaśnienia jakichś okoliczności, adresat wezwania, udzielając na nie odpowiedzi, używa zwykle tych samych, bądź bliskoznacznych językowo sformułowań ze sformułowaniami użytymi w treści wezwania. Z taką samą sytuacją mamy do czynienia przy rozpatrywaniu zarzutu Skarżącej o nadinterpretacji oświadczenia Konsorcjum z pisma z dnia 12.10.2009r. W świetle powyższego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Skarżącej, że dokonana przez KIO wykładania oświadczenia woli Konsorcjum, w ustalonych okolicznościach sprawy jest sprzeczna z dyspozycją art. 65 k.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego trafnym jest także stanowisko KIO odnośnie nie przedstawienia przez Skarżącą żadnych dowodów na poparcie jej twierdzenia, wywodzonego wyłącznie w oparciu o jej całkowicie dowolną interpretację użytego przez Konsorcjum sformułowania „posiada do dyspozycji”. Okoliczność tę Konsorcjum podniosło już w przystąpieniu do protestu wskazując, że Skarżąca formułuje swój zarzut na podstawie niczym nie popartych przypuszczeń. Skarżąca ograniczyła się jedynie do prostego negowania tego faktu. W tym miejscu wypada zauważyć, że zgodnie z regułą dowodowa wyrażoną w art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Konsorcjum ubiegając się o udzielenie zamówienia spełniło m.in. przesłankę w zakresie wymagań kadrowych, m.in. uzupełniając złożoną przez siebie ofertę pismem z dnia 12.10.2009 r o wskazanie pana Artura Zakabłukowskiego, do czego w świetle ustalonego poglądu doktryny i ugruntowanego orzecznictwa miało prawo. Zgodnie bowiem z pkt 7.2.3 SIWZ Konsorcjum na str. 76 oferty załączyło wymagany załącznik nr 2 dotyczący potencjału kadrowego wskazując 1 kierownika robót elektrycznych oraz 37 osób kadry pracowniczej. Jednocześnie Konsorcjum na str. 77 do 124 oferty dołączyło niezbędne uprawnienia wraz z aktualnymi dokumentami potwierdzającymi przynależność do Izby Inżynierów Budownictwa. Następnie, w wyniku wezwania Zamawiającego, Konsorcjum na takich samych zasadach tj. wskazując dane dodatkowego pracownika, jego uprawnienia oraz załączając na dowód posiadanych kwalifikacji i przynależności stosowne dokumenty. Konsorcjum skutecznie uzupełniło ofertę w zakresie wymaganego potencjału kadrowego. Tym samym spełniło warunek wymagany od Wykonawców, zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ kryterium oceny na zasadzie „spełnia - nie spełnia

Nietrafnym jest także zarzut naruszenia art. 26 ust 4 w zvv. z art. 7 ust 1 pzp ewentualnie 26 ust 3 pzp. Skarżąca także w przypadku tego zarzutu dokonała rozszerzenia zarzutów w skardze w stosunku do zarzutów sformułowanych w proteście. W proteście bowiem Skarżąca podnosiła, że Konsorcjum w celu wykazania prowadzenia konserwacji urządzeń świetlnych na minimum 450 skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych, przejazdów tramwajowych, posłużyła się referencjami w języku niemieckim wystawionymi przez władze miast Hannover i Stuttgart, przedkładając jednocześnie tłumaczenia przysięgłe tych referencji. Skarżąca zarzucając brak wymaganego doświadczenia zakwestionowała poprawność tłumaczeń wykonanych przez tłumacza przysięgłego języka niemieckiego załączonych do oferty Konsorcjum, przedkładając jednocześnie własne tłumaczenia przysięgłe referencji złożonych przez Konsorcjum wykonane przez innego tłumacza przysięgłego. Skarżąca w szczególności wskazywała na różnice w tłumaczeniu sformułowania „Lichtsignalanlagen”. Tymczasem w postępowaniu odwoławczym przed KIO, Skarżąca oświadczyła „...2 całą stanowczością podkreślam, iż nie podważam prawidłowości tłumaczenia referencji. Odwołujący uznaje je za prawidłowe. Zagadnieniem problematycznym, w jego ocenie jest zakres prac jaki został wykonany przez Konsorcjum w Stuttgarcie i Hanowerze”. Wobec tego, w związku z uznaniem przez Skarżącą prawidłowości tłumaczeń złożonych przez Konsorcjum i tak sformułowaniem zarzutem, ponownie należy wskazać na treść art. 198 ust 4 pzp wyznaczający zakres rozpoznania zarzutów skargi przez Sąd. Skoro Skarżąca uznała prawidłowość tłumaczeń przysięgłych referencji złożonych przez Konsorcjum, a w proteście w odniesieniu do zarzutu braku wymaganego doświadczenia Konsorcjum jedynie ten zarzut był podnoszony, dalsze zarzuty Skarżącej dotyczące rzekomo niejasnego zakresu prac jakie Konsorcjum wykonywało w Stuttgarcie i Hanowerze są w ocenie Konsorcjum niedopuszczalne w świetle art. 198 ust 4 pzp. Należy podkreślić, że podobnie jak w przypadku zarzutu o niespełnieniu przez Konsorcjum wymagań kadrowych, także w przypadku zarzutu braku doświadczenia Skarżąca ogranicza się wyłącznie do podnoszenia wątpliwości, posługując się potocznością znaczenia jednego ze składowych słowa „Lichtsignalanlage”, nie uwzględniając jednak, że złożone w sprawie niemieckojęzyczne

referencje należy tłumaczyć w kontekście wskazanych przepisów, które szczegółowo określają rozumienie m.in. tego pojęcia.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust.2 Pzp zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie, rozstrzygając o kosztach postępowania zgodnie z art. 98k.p.c., art. 108 §1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust.2Pzp oraz §5 i §10 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu(Dz.U. z 2002r.nr 163, poz.1349 ze zm.)

**Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność sđkretarz sądowy**