

WYROK

z dnia 17 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Sprint S.A., 2. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Sprint S.A., 2. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Sprint S.A., 2. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych**

Metro Sp. z o.o., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Sprint S.A., 2. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy - Zarządu Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** kwotę **3 600 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 120, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 t.j.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji operatora Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem na terenie m.st. Warszawy – nr sprawy DZP/54/PN/48/15”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

18 stycznia 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej za którą uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Sprint S.A., 2. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn (dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”). Natomiast pismem z dnia 22 lutego 2016 r., przesłanym drogą elektroniczną, Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (dalej: „Siemens” lub „Przystępujący”) na skutek uznania, że Konsorcjum uchyła się od zawarcia umowy z Zamawiającym.

3 marca 2016 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na błędnym uznaniu, iż Konsorcjum uchyła się od zawarcia umowy z Zamawiającym, a w konsekwencji dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Siemens.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 94 ust. 3 ustawy, przez błędne uznanie, iż Konsorcjum uchyliło się od zawarcia umowy z Zamawiającym oraz poprzez dokonanie wyboru oferty Siemens jako najkorzystniejszej;
2. art. 7 ust. 1 ustawy, przez zastosowanie art. 94 ust. 3 ustawy, podczas gdy brak było przesłanek koniecznych do jego zastosowania i dokonania wyboru oferty Siemens, nie

zapewniając w ten sposób zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Siemens jako najkorzystniejszej,
2. ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśniał, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Siemens jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

Ad. 1) naruszenie art. 94 ust. 3 ustawy poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący uchyła się od zawarcia umowy z Zamawiającym oraz dokonanie wyboru oferty Siemens jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że w niniejszym postępowaniu oferty zostały złożone przez dwóch wykonawców: Odwołującego oraz Siemens. Pismem z dnia 7 stycznia 2016 r. znak: ZDM/DZP/12/16/Z Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wśród wymienionych i żądanych dokumentów Zamawiający prosił o wyjaśnienie w sprawie pracownika wymienionego w wykazie osób - „Potencjał kadrowy”- osoba z numerem 9 w załączniku nr 3 - specjalista do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6. przez określenie:

1. kiedy pracownik uzyskał przeszkolenie producenta w zakresie obsługi technicznej Systemu Sitraffic SCALA 1.6.3 ?
2. podanie danych osoby prowadzącej szkolenie i wystawiającej certyfikat producenta w zakresie obsługi technicznej systemu Sitraffic SCALA 1.6.3 ?

W odpowiedzi na powyższe Konsorcjum pismem z dnia 12 stycznia 2016 r. znak: PX-WA-P00307/PW/2016/ wskazało, że wyjaśnienie, o jakie prosi Zamawiający, jest nadinterpretacją wymogów zawartych w siwz. W specyfikacji nie ma wymogu, aby Specjalista do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6. legitymował się

przeszkoleniem producenta w zakresie obsługi technicznej Systemu Sitraffic SCALA 1.6.3, jak to sugeruje w swoim pytaniu Zamawiający.

Po zapoznaniu się z odpowiedzią Zamawiający w dniu 18 stycznia 2016 r. znak: ZDM/DZP/50/16/ZZ dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, tym samym uznając zdaniem odwołującego stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 12 stycznia 2016 r. Jednocześnie w w/w piśmie Zamawiający zawarł informacje, iż zawiadomi odrębnym pismem wykonawcę o terminie zawarcia umowy oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania. Do dnia podjęcia decyzji o wyborze oferty Siemens informacja w tym przedmiocie nie została przez Zamawiającego przesłana do Odwołującego.

Następnie Odwołujący podnosił, że po dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum, pismem znak: ZDM/DPZ/142/16/ZZ Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 29 stycznia 2016 r. do złożenia certyfikatów powołując się na ppkt. 7.3.2. siwz oraz pkt 9 strona 58 Specyfikacji Technicznej i § 14 wzoru umowy wskazując, że powyższy obowiązek zostanie wedle Zamawiającego uznany za spełniony jeżeli dokumenty zostaną złożone w oryginale oraz kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub notariusza, zakreślając termin na ich złożenie do dnia 2 lutego 2016 r.

Wykonawca odpowiadając na powyższe złożył do Zamawiającemu pismo z dnia 01.02.2016 r. znak: PX-WA-P00307/PW/2016/ wskazując, iż wymóg co do formy certyfikatów, wskazany w piśmie z dnia 29.01.2016 r., nie znajduje żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ.

W ppkt. 7.3.2 SIWZ oraz §14 wzoru umowy Zamawiający stwierdził, że: „Zamawiający będzie honorował jedynie oryginalne certyfikaty wydane przez producenta.” Zamawiający sam zdefiniował w siwz, co należy rozumieć przez „oryginalne certyfikaty”. Mianowicie „oryginalne certyfikaty” w świetle postanowień siwz to certyfikaty wydane przez producenta „Zamawiający będzie honorował jedynie oryginalne certyfikaty wydane przez producenta.”. Za nieoryginalne certyfikaty w świetle zapisów siwz można uznać natomiast wyłącznie certyfikaty „wydane przez osoby certyfikowane przez producenta lecz nie posiadające wydanych przez niego pełnomocnictw do prowadzenia szkoleń i wydawania certyfikatów.” Skoro więc Odwołujący posiadał osoby legitymujące się certyfikatami wydanymi przez producenta tj. Siemens AG, to należy je uznać za oryginalne certyfikaty w rozumieniu siwz.

W nawiązaniu do argumentacji zawartej w piśmie z dnia 1 lutego 2016 r. Konsorcjum w dniu 2 lutego 2016 r. PX-WA-P00307/PW/2016/ przedstawiło oryginalne dokumenty żądane przez Zamawiającego, spełniające warunki wynikające z siwz w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, potwierdzające spełnienie wymagań określonych w siwz, przez

Zamawiającego, jednakże zaznaczając przy tym, iż w przypadku gdyby Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko co do przedstawienia oryginałów certyfikatów lub notarialnie poświadczonych kopii certyfikatów wydanych przez producenta systemu SCALA (choć taki obowiązek nie znajduje żadnego oparcia w postanowieniach siwz), to podtrzymuje wniosek zawarty w piśmie z dnia 1 lutego 2016 r. o przedłużenie terminu do ich przedstawienia.

Odwołujący podkreślał, że w piśmie z dnia 2 lutego 2016 r. Odwołujący również oświadczył, iż podtrzymuje w pełni swoje stanowisko w kwestii zainteresowania i chęci zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Po otrzymaniu certyfikatów przedstawionych przez Konsorcjum Zamawiający skierował kolejne pismo z dnia 9 lutego 2016 r. ZDM/DPZ/189/16/ZZ w sprawie przedłożenia certyfikatów w zakresie metod optymalizacji TASS i MOTION oraz wersji systemu Scala wskazywanych specjalistów.

W odniesieniu do treści pisma Zamawiającego, pismem z dnia 16.02.2016 - PX-WA-P00307/PW/2016/ Odwołujący podkreślał, iż stanowisko Zamawiającego, wskazujące na brak spełnienia przez wykonawcę wymogów w zakresie metod optymalizacji sieciowej TASS i MOTION w świetle przedłożonych dokumentów oraz informacji udostępnionych przez samego producenta systemu Sitraffic SCALA nie ma żadnych podstaw.

Ze specyfikacji nie wynikał bowiem obowiązek posiadania przez specjalistów do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6. certyfikatów dla określonej wersji systemu. Wystarczające było więc legitymowanie się przez wskazanych specjalistów certyfikatami SCALA oraz wiedza techniczna na temat systemu Sitraffic SCALA 1.6.3, która przedstawiona przez Konsorcjum kadra posiada. Odwołujący wskazywał, iż TASS i MOTION to element składowy (moduły funkcjonalne) systemu SCALA, co jednoznacznie potwierdzają informacje przedstawione przez samego producenta systemu Sitraffic SCALA. Posiadanie więc wiedzy w zakresie systemu SCALA jest jednoznaczne z posiadaniem wiedzy na temat metod optymalizacji sieciowych TASS i MOTION.

Odwołujący wyjaśniał, że System SCALA to takie elementy jak: TASS /nazwa własna/, Sitraffic Motion /nazwa własna/. Emergency router /tłum. trasy dla pojazdów uprzywilejowanych/, Sitraffic Office Planning and Supply /tłum. nazwa własna Sitraffic Office Planowanie i wdrożenie/, Statistics (częściowo) /tłum. statystyka/, Visualization /tłum. wizualizacja/, Traffic light control /tłum. sterowanie sygnalizacją świetlną/, Quality management /tłum. zarządzanie jakością/, Automatic annual switching routine /tłum. automatyczne przełączenie/, BEFA /nazwa własna/ (częściowo), CANTO /nazwa własna/ (częściowo), OCIT-C /nazwa własna/ (częściowo), Remote Access /tłum. dostęp zdalny/, Basic user interfaces

/tłum. interfejs użytkownika/, Strategy Management/tłum. zarządzanie strategiami/ (częściowo), Data management/ tłum. zarządzanie danymi/, User administration /tłum. administrowanie użytkownikami/, Operational monitoring /tłum. monitoring operacyjny/, GIS map /tłum. mapa GIS/.

Zgodnie z powyższym, osoba posiadająca certyfikat z przeszkolenia w zakresie obsługi systemu SCALA ma wiedze w zakresie wszystkich składowych systemu, w tym metod optymalizacji sieciowej TASS i MOTION.

Zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga, iż zgodnie z literalnym brzmieniem Specyfikacji Technicznej pkt 9 str. 58 - specjaliści wskazani przez wykonawcę powinni posiadać „potwierdzone odpowiednim certyfikatem producenta przeszkolenie w zakresie obsługi technicznej systemu i metod optymalizacji sieciowej TASS i MOTION”. Takim „odpowiednim certyfikatem” jest w świetle powyższego właśnie certyfikat z przeszkolenia w zakresie obsługi systemu SITRAFFIC SCALA, posiadany przez każdą z osób wskazywanych jako kadra Konsorcjum.

W ocenie Odwołującego jeżeli wiec sam producent uznaje, iż system Sitraffic SCALA obejmuje swym zakresem TASS i MOTION (jako elementy składowe/moduły funkcjonalne), to stanowisko takie jest rozstrzygające. Kadra przedstawiona przez Konsorcjum w ramach niniejszego postępowania spełnia zatem wszelkie warunki wynikające z siwz. Tym samym Odwołujący posiadał wszelkie uprawnienia i certyfikaty konieczne do wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego,

Zamawiający podtrzymywał także żądanie oryginałów certyfikatów wywodząc obowiązek ten ze stwierdzenia zawartego w siwz w brzmieniu: „Certyfikat taki należy przedstawić Zamawiającemu przed podpisaniem umowy”, z którym w świetle tak przedstawionej argumentacji nie sposób się zgodzić.

Wykonawca w piśmie z dnia 16 lutego 2016 r. po raz kolejny podkreślał także, iż wyraża chęć i gotowość podpisania i realizowania umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Niezależnie od wyżej przytoczonych okoliczności Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2016 r. znak: ZDM/DPZ/271/16/ZZ uznał, iż Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy, jednocześnie dokonując wyboru oferty Siemens wskazując, iż jest ona najkorzystniejsza w ocenie kryterium oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniająca, warunki udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, Odwołujący czynność podjętą przez Zamawiającego w oparciu o wskazaną podstawę prawną tj. art. 94 ust. 3 ustawy, uważa za niezgodną z przepisami ustawy w związku z brakiem spełnienia przesłanek skutkujących zastosowaniem w/w przepisu. Wykonawca wypełnił wszelkie warunki i wymagania zgodnie z brzmieniem określonym w siwz, którego autorem jest Zamawiający.

W przypadku jednakże jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego należy zwrócić uwagę, iż ewentualne wątpliwości co do interpretacji wymagań zawsze powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, innymi słowy, nie mogą stanowić podstawy do przyjęcia niekorzystnej dla Konsorcjum interpretacji zapisów siwz.

Ad. 2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez zastosowanie art. 94 ust. 3 ustawy, podczas gdy brak było przesłanek koniecznych do jego zastosowania i dokonania wyboru oferty Siemens jako najkorzystniejszej nie zapewniając w ten sposób zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności i działania ze strony Zamawiającego wedle wykonawcy jednoznacznie potwierdzają naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, w szczególności Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji poprzez żądanie w kolejnych pismach spełnienia wymogów zastrzegających warunki określone w siwz, dokonując w ten sposób niedozwolonej modyfikacji mającej na celu dokonanie wyboru kolejnej oferty złożonej przez Siemens, tj. podmiot dotychczas pełniący funkcję operatora Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem w Warszawie, w ramach przeprowadzonego postępowania o numerze DZP/50/PN/43/12.

Czynność Zamawiającego, od której Konsorcjum wносиło odwołanie, tj. dokonanie wyboru oferty Siemens oraz uznanie, że Konsorcjum uchyliło się od zawarcia umowy, mając na uwadze wyżej przywołane okoliczności i sposób przeprowadzenia niniejszego postępowania wedle Odwołującego wskazuje jednoznacznie na zamiar Zamawiającego kontynuowania współpracy z dotychczasowym operatorem, które to działania w świetle przepisów ustawy i zasady uczciwej konkurencji są niedozwolone.

W dniu 4 marca 2016 r. do Izby wpłynęło pismo zawierające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ze strony wykonawcy Siemens.

W dniu 15 marca 2016 r. do Izby wpłynęło pismo Odwołującego, zawierającego dodatkową argumentację w sprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum w dniu 3 marca 2016 r.

W dniu 16 marca 2016 r. w toku posiedzenia z udziałem stron Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, treść odpowiedzi na odwołanie, złożone pisma i dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron a także Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Dodatkowo Izba ustaliła, że w § 14 ust. 3 wzoru umowy zamawiający wskazał, że wykonawca musi dysponować wykwalifikowanym personelem, w tym winien posiadać minimum 4 osoby stanowiące kadrę techniczną posiadające aktualną wiedzę techniczną na temat Systemu Sitraffic SCALA 1.6.3. Osoby te muszą posiadać potwierdzone odpowiednim certyfikatem producenta lub dystrybutora przeszkolenie w zakresie obsługi technicznej systemu i metod optymalizacji sieciowej TASS i MOTION. Certyfikat taki należy przedstawić Zamawiającemu przed podpisaniem umowy. W przypadku niedostarczenia certyfikatów Zamawiający może nie podpisać umowy z Wykonawcą.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiającego kierował do Odwołującego trzy pisma w spornym zakresie, tj.: pismo z dnia z dnia 7 stycznia 2016 r., które skierowane do Konsorcjum jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej i zawiera wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie certyfikatów. Natomiast w kolejnych dwóch pismach: z dnia 29 stycznia 2016 r. oraz z dnia 9 lutego 2016 r. Zamawiający zawarł klauzulę, że nieprzedstawienie przez wykonawcę

wskazanych dokumentów zostanie uznane przez Zamawiającego za uchylanie się od zawarcia umowy z jednoczesnym brakiem możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W dniu 1 lutego 2016 r. Odwołujący złożył wniosek o wydłużenie terminu. Zamawiający wydłużył termin złożenia certyfikatów zgodnie z wnioskiem Odwołującego do dnia 16 lutego 2016 r. Konsorcjum w wyznaczonym terminie złożyło certyfikaty w formie kopii potwierdzonych notarialnie.

Strony złożyły wraz z pismami oraz w toku rozprawy następujące dokumenty:

1. Zestawienie porównawcze 3 postępowań (wraz z materiałami źródłowymi), prowadzonych przez Zamawiającego w ramach przedmiotu zamówienia tj. pełnienie funkcji operatora Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem na terenie m.st. Warszawy. W zestawienie zawarto różnice, dotyczące wymagań Zamawiającego, odnoszące się do wymaganych certyfikatów.
2. Korespondencję e-mailową prowadzoną z Panem K.B., przedstawicielem Siemens AG wraz z tłumaczeniem na język polski.
3. Korespondencję e-mailową prowadzoną z Panem M.S., przedstawicielem Siemens AG wraz z tłumaczeniem na język polski.
4. Folder reklamowy firmy Siemens dla systemu SCALA wraz z tłumaczeniem na język polski str. 6 i 9 na okoliczność wykazania, że moduły MOTION i TASS są integralną częścią systemu SCALA.
5. Prezentację firmy Siemens AG w zakresie modułów szkoleniowych dla SCALA 1.6. wraz z tłumaczeniem na język polski. Prezentacja jest opatrzona datą „2013”.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania, która została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Następnie Zamawiający uznając, że Konsorcjum uchylilo się od zawarcia umowy, za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Siemens. W świetle powyższego Odwołujący wykazał, że może ponieść szkodę, w związku z zarzucanymi Zamawiającemu

naruszeniami przepisów ustawy Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Następnie wskazać należy, że nie ma sporu między stronami co do formy certyfikatów przedstawionych przed Przystępującego, bowiem Zamawiający wyznaczył odpowiedni termin Odwołującemu, który następnie przedstawił certyfikaty w formie notarialnie poświadczonej kopii.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 94 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 Pzp.

Wynik wykładni powołanego przepisu ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Biorąc pod uwagę, że termin "uchylać się" według Słownika języka polskiego, PWN, oznacza "rozmyślnie nie wypełniać czegoś" należy dojść do przekonania, że stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż rzeczony wykonawca nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia. Na kanwie powyższych rozważań z całą stanowczością podkreślić należy, że "uchylanie się" wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy.

Zdaniem Izby kluczowe dla oceny prawnej wskazanego naruszenia miała ocena zachowania Odwołującego w konkretnych okolicznościach sprawy w zakresie uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy.

Istotnym dla rozstrzygnięcia omawianego zarzutu jest odpowiedź na pytanie, czy biorąc pod uwagę treść siwz w ostatecznym brzemieniu - przy uwzględnieniu wyroku Izby z dnia 9 października 2015 r. o sygn. akt KIO 2016/15 - wymagane było, przed zawarciem

umowy, przedłożenie certyfikatów, potwierdzających wiedzę techniczną i przeszkolenie osób oferowanych do wykonania zamówienia z zakresu Systemu Sitraffic SCALA 1.6.3 z uwzględnieniem metodologii optymalizacji sieciowej TASS i MOTION ? W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Na początku wskazać należy, że treść wymagania siwz, dotyczącego dysponowania przez wykonawcę odpowiednio wykwalifikowanym personelem była już przedmiotem rozpoznania Izby w niniejszym postępowaniu. W wyroku z dnia 9 października 2015 r. o sygn. akt KIO 2016/15, uwzględniając odwołanie Izba, w pkt. 1.2 nakazała zmianę warunku dotyczącego dysponowania Specjalistą do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6 przez usunięcie spośród wymogów dotyczących tego specjalisty stwierdzenia „zainstalowanego w Warszawie”, „zastosowanego w Warszawie” oraz innych stwierdzeń o tym samym znaczeniu. W pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty odwołania.

W treści uzasadnienia powyższego wyroku Izba stwierdziła: „ (...) *Jednocześnie jednak Izba uznała za przekonującą argumentację zamawiającego, że jego dotychczasowe doświadczenie oraz planowana, duża rozbudowa systemu świadczą o tym, że dotychczas posiadana liczba trzech specjalistów jest niewystarczająca. Rzeczywiście, jeśli wykonawca miałby zapewnić całodobowe dyżury, jak twierdzi zamawiający, to wymóg dysponowania czterema osobami nie wydaje się nadmierny.*

Z kolei odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że akurat trzech specjalistów jest liczbą optymalną. Dowodem takim nie mogą być wymogi innych postępowań, zwłaszcza prowadzonych przez innych zamawiających. Jak podkreślał też zamawiający, dotychczas użytkowany system obejmował znacznie mniej skrzyżowań, niż będzie to miało miejsce w przyszłości.

Oczywiste jest też, że wiedza dotycząca danej wersji systemu, będącej wersją zastosowaną w Warszawie, jest wiedzą „lepszą”, bardziej odpowiednią do prawidłowego wykonania zamówienia, niż odmienne, niższe wersje. Izba uznała tu za przekonującą argumentację zamawiającego i przystępującego, że ze względu na odmienność poszczególnych wersji wiedza w zakresie starszych wersji systemu może nie być wystarczająca do zapewnienia jego prawidłowego działania.(...)”

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła trafność stanowiska Zamawiającego, który podnosił, że Konsorcjum przed podpisaniem umowy winno wylegitymować się posiadaniem certyfikatów, potwierdzających wiedzę techniczną i przeszkolenie osób

oferowanych do wykonania przedmiotowego zamówienia z zakresu Systemu Sitraffic SCALA 1.6.3 z uwzględnieniem metodologii optymalizacji sieciowej TASS i MOTION.

W ocenie Izby, okoliczności niniejszej sprawy nie dają podstaw do twierdzenia, że w ramach niniejszego postępowania, wystarczającym byłoby jedynie przedstawienie certyfikatu dla dowolnej wersji systemu Sitraffic SCALA, który jest jednoczesnym potwierdzeniem wiedzy i przeszkolenia z zakresu metodologii optymalizacji sieciowej TASS i MOTION. Przeczy temu wprost treść sentencji oraz uzasadnienie wyrok zapadłego w sprawie w dniu 9 października 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2016/15, gdzie Izba jednoznacznie stwierdziła, że „oczywiste jest też, że wiedza dotycząca danej wersji systemu, będącej wersją zastosowaną w Warszawie, jest wiedzą „lepszą”, bardziej odpowiednią do prawidłowego wykonania zamówienia, niż odmienne, niższe wersje. Izba uznała tu za przekonującą argumentację zamawiającego i przystępującego, że ze względu na odmienną poszczególnych wersji wiedza w zakresie starszych wersji systemu może nie być wystarczająca do zapewnienia jego prawidłowego działania”. W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że nie można uznać za prawidłowe przedstawienie jedynie certyfikatu dla dowolnej wersji systemu Sitraffic SCALA, bowiem z treści siwz jednoznacznie wynika, że wykonawca ma legitymować się certyfikatem systemu Sitraffic SCALA 1.6.3.

W zakresie argumentacji, odnoszącej się do metodologii optymalizacji sieciowej TESS i MOTION, Izba uznała, że brak jest jakichkolwiek wiarygodnych dowodów potwierdzających, że ww. moduły stanowią integralny składnik każdego systemu Sitraffic SCALA. Z folderu reklamowego Systemu Sitraffic SCALA przedłożonego przez Odwołującego wynika jedynie, że moduły TASS i MOTION mogą być elementami systemu, jednakże nie sposób z jego treści wywieść wniosków, na które powołuje się Odwołujący. Za odmiennym stanowiskiem przemawiałaby, chociażby korespondencja e-mail pomiędzy Panem M.K. (Sprint) a Panem M.S. (Siemens AG), gdzie wykonawca reprezentujący Sprint zadał pytanie dotyczące szkolenia dla systemu Sitraffic SCALA 1.6.3 wymieniając moduły TASS i MOTION, a przedstawiciel Siemens AG odpowiedział „w tym przypadku potrzebujemy pewnych szczegółowych informacji, które moduły są wymagane. Obejrzyj prezentację PPTX i wybierz wymagane moduły, i po prostu oblicz potrzebny czas”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła prawidłowość czynności oraz stanowiska Zamawiającego, który biorąc pod uwagę zacytowane powyżej postanowienia siwz

wymagał, aby Odwołujący wylegitymował się posiadaniem certyfikatu w zakresie systemu Sitraffic SCALA 1.6.3. uwzględniającym metodologię optymalizacji sieciowej TESS i MOTION.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że bez znaczenia dla rozpoznawanej sprawy jest to, czy wykonawca przedstawiłby jeden certyfikat, zawierający informacje na temat przeszkolenia w zakresie systemu Sitraffic SCALA 1.6.3, uwzględniający metodologię optymalizacji sieciowej TESS i MOTION, czy też przedstawiłby trzy odrębne certyfikaty, potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izby stwierdzić należy, że Odwołujący powinien był, przed podpisaniem umowy wykazać, że posiada dla zaproponowanego personelu certyfikaty w zakresie systemu Sitraffic SCALA 1.6.3, z uwzględnieniem metodologii optymalizacji sieciowej TESS i MOTION. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie pozwala na twierdzenie, że Odwołujący wypełnił w sposób prawidłowy wymogów Zamawiającego określone treścią siwz.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają wyjaśnienia Odwołującego, który w toku rozprawy wskazywał na brak dostępności terminów szkoleń w zakresie systemu Sitraffic SCALA, bowiem to wykonawca powinien dołożyć należytej staranności i na etapie ubiegania się o zamówienie zagwarantować sobie, możliwość posiadania odpowiedniego certyfikatu, którym będzie mógł się wylegitymować w odpowiednim czasie.

W ocenie Izby sposób działań Odwołującego, który był dwukrotnie wzywany do przedstawienia certyfikatów, pod rygorem niepodpisania umowy należy zakwalifikować, jako uchylanie się od zawarcia umowy, bowiem, wykonawca w pierwszym wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie tylko nie przedłożył wymaganych certyfikatów, ale zażądał wydłużenia terminu na ich złożenie. Za właściwe i modelowe należy uznać zachowanie Zamawiającego, który przychylił się do wniosku Konsorcjum i wydłużył termin na złożenie certyfikatów, zgodnie z oczekiwaniami wykonawcy, pomimo że można było przypuszczać, że termin rozpoczęcia realizacji zamówienia jest zagrożony. Jednak nie sposób uznać, że kolejne wezwanie Zamawiającego należy traktować jedynie jako wezwanie skierowane jedynie co do formy dokumentów, bowiem w jego treści Zamawiający jasno i klarownie opisał zastrzeżenia co do dokumentów złożonych przez Odwołującego. Zatem opisane powyżej działania Konsorcjum nie wskazywały w sposób jednoznaczny na wolę zawarcia umowy i jej realizacji, lecz oznaczały grę na zwłokę tego wykonawcy, co w ocenie Izby stanowiło uchylenie się od

zawarcia umowy. Twierdzenia Odwołującego, że wyraża chęć i gotowość podpisania i realizowania umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego pozostają w sprzeczności z jego działaniami, których nie można zakwalifikować do katalogu działań mających na celu zawarcie umowy z Zamawiającym.

W kolejno składanych pismach, w treści odwołania oraz z toku rozprawy Odwołujący prowadzi polemikę z Zamawiającym, odnoszącą się rozumienia postanowień specyfikacji, którą na obecnym etapie postępowania należy uznać za niedopuszczalną i spóźnioną.

Podsumowując, w toku rozprawy Izba zbadała zasadność zgłoszonych zarzutów, odnoszących się do naruszenia art. 94 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp i uznała, że w całości nie zasługują one na uwzględnienie, a zatem odwołanie podlega oddaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....