Sygn. akt KIO 1436/15

WYROK
z dnia 17 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **6 lipca 2015 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie, działająca przez PKP Energetyka S.A., Oddział w Warszawie-Usługi, Zakład Łódzki, ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź [pełnomocnik] [2] E-MONT Sp. z o.o. z siedzibą w** Żdżarach, Żdzary **75 budynek 6B, 62-571 Stare Miasto [3] OMEGA Sp. z o.o. z siedzibą w Wieleniu, ul. Bęglewska 21, 64-730 Wieleń (dalej wykonawca ENERGETYKA)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Opolu, Oddział w Opolu, ul. Waryńskiego 1, 45-047 Opole,**

przy udziale

wykonawcy **ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 20a, 81-061 Gdynia** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

---

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie, działająca przez PKP Energetyka S.A., Oddział w Warszawie-Usługi, Zakład Łódzki, ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź [pełnomocnik] [2] E-MONT Sp. z o.o. z siedzibą w** Żdżarach, Żdzary **75 budynek 6B, 62-571 Stare Miasto [3] OMEGA Sp. z o.o. z siedzibą w Wieleniu, ul. Bęglewska 21, 64-730 Wieleń (dalej wykonawca ENERGETYKA)** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie, działająca przez PKP Energetyka S.A., Oddział w Warszawie-Usługi, Zakład Łódzki, ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź [pełnomocnik] [2] E-MONT Sp. z o.o. z siedzibą w** Żdżarach, Żdzary **75 budynek 6B, 62-571 Stare Miasto [3] OMEGA Sp. z o.o. z siedzibą w Wieleniu, ul. Bęglewska 21, 64-730 Wieleń (dalej wykonawca ENERGETYKA),** tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1436/15

Uzasadnienie

Zamawiający Tauron Dystrybucja S.A., Oddział w Opolu ul. Waryńskiego 1, 45-047 Opole wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa

stacji elektroenergetycznej 110/15 kV Skarbimierz wraz z dwutorową, napowietrzną linią zasilającą 110 kV oraz budowa powiązań kablowych z istniejącą siecią 15 kV«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **18.03.2015 r.** pod nrem **2015/S 054-095204.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349)** zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **26.06.2015 r.** o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni (dalej wykonawca ELEFEKO);**
2) wykluczeniu **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie, działająca przez PKP Energetyka S.A., Oddział w Warszawie-Usługi, Zakład Łódzki, ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź [pełnomoicnik] [2] E-MONT Sp. z o.o.,** Żdżary **75 budynek 6B, 62-571 Stare Miasto [3] OMEGA Sp. z o.o., ul. Bęglewska 21, 64-730 Wieleń (dalej wykonawca ENERGETYKA),** gdyż wykonawca ENERGETYKA nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego [1] PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie, działająca przez PKP Energetyka S.A., Oddział w Warszawie-Usługi, Zakład Łódzki, ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź [pełnomoicnik] [2] E-MONT Sp. z o.o., Żdżary **75 budynek 6B, 62-571 Stare Miasto [3] OMEGA Sp. z o.o., ul. Bęglewska 21, 64-730 Wieleń,** zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,** wniósł **06.07.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych czynności **zamawiającego,** tj. na:

1) wykluczenie **odwołującego** z udziału w postępowaniu;
2) zaniechanie wyboru oferty **odwołującego** jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

1) **art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp** przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny oferty **odwołującego,** a w konsekwencji przyjęcie, że **odwołujący** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ,** pomimo tego, że **odwołujący** udowodnił spełnienie tych warunków;
2) **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp** przez niezgodne z prawem dokonanie czynności wykluczenia **odwołującego** z postępowania ze względu na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności, co skutkowało odrzuceniem oferty **odwołującego;**
3) **art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp** przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę ELEFEKO,** tj. wykonawcę wybranego niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta **odwołującego.**

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wykluczenia **odwołującego** z postępowania, co miało skutek w postaci uznania oferty złożonej przez **odwołującego** za odrzuconą;
2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez **odwołującego;**
4) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja **odwołującego**

1. Stan faktyczny

1.1. **Zamawiający** prowadzi postępowanie na „Budowę stacji elektroenergetycznej

110/15 kV Skarbimierz wraz z dwutorową, napowietrzną linią zasilającą 110 kV oraz budowę powiązań kablowych z istniejącą siecią 15 kV". Wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie **art. 11 ust. 8 Pzp.**

1.2. Pismem z **26.06.2015 r. zamawiający** zawiadomił **odwołującego** o wykluczeniu **odwołującego** z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** i odrzuceniu oferty **odwołującego.** Tego samego dnia **zamawiający** poinformował **wykonawców** o wyborze oferty najkorzystniejszej.

1.3. Zdaniem **odwołującego zamawiający** z naruszeniem przepisów wykluczył **odwołującego** z postępowania, oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty **odwołującego,** pomimo tego, że **odwołujący** wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ.** W konsekwencji **zamawiający** dokonał badania i oceny ofert z pominięciem oferty **odwołującego** i niezasadnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej **wykonawcy ELFEKO,** gdy na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta **odwołującego.**

1.4. **Odwołujący** wskazał, że zgodnie z **art. 22 ust. 1 Pzp** o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie **wykonawcy,** którzy spełniają warunki dotyczące:

1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Weryfikacja spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o dokumenty składane przez **wykonawcę** wraz z ofertą. Zgodnie z **art. 26 ust. 1 Pzp** „zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie **art. 11 ust. 8 Pzp".**

1.5. Jednocześnie w myśl **§ 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać **zamawiający** od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231), w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia **wykonawca** zobowiązany jest złożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

1.6. **Zamawiający** postawił następujące wymogi w zakresie wiedzy i doświadczenia, które powinni spełniać **wykonawcy** biorący udział w postępowaniu:

„Pkt **3.1.1.2 SIWZ** Posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający uzna, że **wykonawca** spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli **wykonawca** wykaże, że wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – wykonuje, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej:

a) 2 roboty budowlane (w tym co najmniej jedną wraz z dokumentacją wykonawczą), o wartości nie mniejszej niż **6 mln zł** brutto każda, polegające na budowie lub przebudowie stacji WN/SN, w zakresie obwodów pierwotnych i wtórnych oraz

b) 2 roboty budowlane o wartości co najmniej 3 mln zł brutto każda, polegające na

budowle linii napowietrznych na słupach rurowych, stalowych, o napięciu 110 kV lub wyższym

– i do oferty załączą dowody dotyczące najważniejszych robót, określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowalnej i prawidłowo ukończone".

1.7. Zgodnie z **pkt 3.2.1.1 SIWZ** w celu wykazania spełnienia przez **wykonawcę** warunków, o których mowa w **pkt 3.1.1.2 SIWZ** należało złożyć:

„3.2.1.1.1. Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, co najmniej:

– 2 robót budowlanych (w tym co najmniej jedną wraz z dokumentacją wykonawczą), o wartości nie mniejszej niż 6 mln zł brutto każda, polegających na budowie lub przebudowie stacji WN/SN, w zakresie obwodów pierwotnych i wtórnych, oraz

– 2 robót budowlanych o wartości co najmniej 3 mln zł brutto każda, polegających na budowie linii napowietrznych na słupach rurowych, stalowych, o napięciu 110 kV lub wyższym,

– a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie

załącznik nr 5 do SIWZ;

3.2.1.1.2. Dowody dotyczące najważniejszych robót, określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone".

1.8. **Odwołujący** na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia do oferty dołączył wykaz zrealizowanych robót budowlanych, oraz dowody potwierdzające, że roboty wskazane w wykazie zostały wykonane należycie (str. 8-14 oferty **odwołującego).**

1.9. **28.05.2015 r.** (pismo z **27.05.2015 r.) zamawiający** działając na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp,** skierował do **odwołującego** wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp** do złożenia wyjaśnień. **Zamawiający** w wezwaniu wskazał, że wykazywana przez **odwołującego** robota budowlana z **pozycji nr 3 wykazu** robót budowlanych – Prace budowlano-montażowe linii 110 kV na odcinku Kietrz-Głupczyce, 108 stanowisk na słupach rurowych – nie spełnia warunku, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** – tzn. nie odpowiada wymaganiu wykazania się realizacją roboty budowlanej o wartości co najmniej **3 mln zł** brutto każda, polegającej na budowie linii napowietrznych na słupach rurowych, stalowych, o napięciu 110 kV lub wyższym, gdyż jak wskazał **zamawiający** „zakres robót budowlanych tej inwestycji obejmował słupy rurowe betonowe. Dlatego też przedstawiony przykład oraz referencje nie mogą spełniać wymogów **zamawiającego".**

W związku z tym **zamawiający** na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** wezwał **odwołującego** „do uzupełnienia oferty o jeden przykład wykonanych robót zgodny z warunkami **zamawiającego,** załączając również stosowne dowody jego [przykładu] wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia".

1.10. W odpowiedzi **odwołujący** pismem z **01.06.2015 r.** wskazał nową robotę budowlaną na potwierdzenie warunku z **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** pn. „Budowa jednotorowej linii napowietrzno-kablowej WN 110 kV Przasnysz-Chorzele na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej (projekt budowlany i wykonawczy)". **Odwołujący** wykazał tę robotę korzystając z zasobów podmiotu trzeciego – na podstawie **art. 26 ust. 2b Pzp** – tj. z wiedzy i doświadczenia podmiotu **SCR Energetyka Sp. z o.o.,** który to podmiot udostępnił **odwołującemu** swoje zasoby wiedzy i doświadczenia.

1.11. **11.06.2015 r. zamawiający** skierował, na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp** wezwanie do udzielenia wyjaśnienia dotyczącego dokumentu dołączonego do oferty. **Zamawiający** zwrócił się o określenie wartości wykazanych w **pkt IV referencji** z **29.12.2014 r.,** prac w zakresie budowy jednotorowej linii napowietrznej 110 kV, w ramach zadania polegającego na budowie nowej podstacji trakcyjnej Łachów w miejscowości Łachów, gmina Włoszczowa – roboty wskazanej pod pozycją nr 1 załączonego do oferty wykazu robót budowlanych. **Odwołujący** wskazał, że robota ta została wykazana przez **odwołującego** w celu

potwierdzenia warunku, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. a SIWZ,** tj. wykonania roboty budowlanej (w tym co najmniej jednej wraz z dokumentacją wykonawczą), o wartości nie

mniejszej niż **6 mln zł** brutto każda, polegającej na budowie lub przebudowie stacji WN/SN, w zakresie obwodów pierwotnych i wtórnych.

1.12. W odpowiedzi **odwołujący** pismem z **12.06.2015 r.** przedstawił wartości składowe zadania polegającego na budowie nowej podstacji trakcyjnej Łachów, w tym wartość budowy jednotorowej linii napowietrznej 110 kV – **1 845 000,00 zł** brutto.

Niezależnie od tego **odwołujący** w odpowiedzi wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** (budowy jednotorowej linii napowietrznej 110 kV) w wykazie robót budowlanych wykazał dwie roboty:

– pozycja nr 4 w wykazie: Budowa napowietrznej linii 110 kV zasilającej podstację trakcyjną Wyszyny w miejscowości Wyszyny gmina Słupsk – wartość roboty **7 995 000 zł** brutto, do oferty załączono referencje;

– pozycja nr 3 w wykazie: Budowa nowej linii 110 kV na odcinku Kietrz-Głupczyce w liczbie 108 stanowisk na słupach rurowych – wartość roboty **6 150 000 zł** brutto, do oferty załączono referencje.

Odwołujący jednocześnie wskazał, że po zakwestionowaniu przez **zamawiającego** roboty z pozycji nr 3 wykazu (wskazanej wyżej), w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykazał nową robotę budowlaną – Budowę jednotorowej linii napowietrzno-kablowej WN 110 kV Przasnysz-Chorzele na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej (projekt budowlany i wykonawczy).

Tym samym **odwołujący** wprost wskazał **zamawiającemu,** które roboty zostały przez niego wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2. lit. b SIWZ**.

Jednak mając na uwadze treść wezwania do wyjaśnień **odwołujący** wskazał **zamawiającemu** wartość budowy jednotorowej linii napowietrznej 110 kV, wchodzącej w skład zadania pn. „Budowa nowej podstacji trakcyjnej Łachów", która to robota budowlana została zamieszczona w wykazie robót budowlanych jedynie w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. a SIWZ**.

1.13. **26.06.2015 r. zamawiający** przesłał do **odwołującego** zawiadomienie o wykluczeniu **odwołującego** z postępowania, na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** oraz odrzuceniu oferty **odwołującego** na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp.**

Zamawiający w zawiadomieniu wskazał, że **odwołujący** nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ**. Zdaniem **zamawiającego odwołujący** na potwierdzenie ww. warunku wykazał tylko jedną robotę budowlaną pn. „Budowa jednotorowej linii napowietrzno-kablowej WN 110 kV Przasnysz-Chorzele na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej (projekt budowlany i wykonawczy)", gdy

warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie co najmniej dwóch robót budowlanych o wartości co najmniej **3 mln zł** brutto każda, polegających na budowie linii napowietrznych na słupach rurowych, stalowych, o napięciu 110 kV lub wyższym.

Zamawiający dodatkowo wskazał, że robota budowlana wskazania w wykazie robót pod poz. nr 1 – „Kompleksowa budowa nowej podstacji trakcyjnej Łachów" nie została uznana przez **zamawiającego** jako spełniająca wymagania określone w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** (zamawiający w zawiadomieniu błędnie powołał **pkt 3.2.1.1.1 SIWZ,** dotyczący nie warunków udziału w postępowaniu, ale dokumentów na potwierdzenie spełnienia tych warunków), ze względu na jej wartość, oznaczoną przez **odwołującego** w wyjaśnieniach z **12.06.2015 r.**

1.14. Jednocześnie w **26.06.2015 r. zamawiający** opublikował na swojej stronie internetowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której wskazano, że za najkorzystniejszą uznano ofertę **wykonawcy ELFEKO.**

2. Uzasadnienie prawne

2.1. **Odwołujący** wskazuje, że **zamawiający** na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w**

zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, niezgodne z prawem dokonał czynności wykluczenia **odwołującego** z postępowania oraz odrzucenia oferty **odwołującego.** Zdaniem **zamawiającego, odwołujący** nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym to warunku mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ,** gdyż **odwołujący** wykazał tylko jedną robotę budowlaną spełniającą ww. warunek. **Odwołujący** pragnie podkreślić, że nie zgadza się z decyzją **zamawiającego** i oświadcza, że **odwołujący** wykazał spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu.

2.2. **Odwołujący** w wykazie robót (str. 8 oferty **odwołującego)** na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ,** wykazał dwie roboty:

– **poz. nr 3 wykazu** – Prace budowlano-montażowe linii 110 kV na odcinku Kietrz-Głupczyce, 108 stanowisk na słupach rurowych oraz

– poz. nr 4 z wykazu – Kompleksowa budowa napowietrznej linii 110 kV zasilającej podstację trakcyjną Wyszyny, gmina Słupsk, na słupach rurowych.

2.3. **Zamawiający** pismem z **27.05.2015 r.** (vide **pkt 1.9 odwołania)** zakwestionował jedynie robotę z poz. nr 3 złożonego wykazu, jako niespełniającą warunku, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** i wezwał **odwołującego** w tym zakresie „do uzupełnienia oferty o

jeden przykład wykonanych robót zgodny z warunkami **zamawiającego** wraz ze stosownymi dowodami jego [przykładu] wykonania".

Tym samym należy wywieść, że **zamawiający** uznał robotę wskazaną pod **poz. nr 4 wykazu** za spełniającą warunek udziału w postępowaniu określony w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ.** Na etapie badania i oceny ofert nie kierował on do **odwołującego** wezwania do uzupełnienia dokumentów z żądaniem wykazania nowej roboty budowlanej odpowiadającej ww. warunkowi. Nie informował również, że nie uznał roboty wykazanej w **poz. nr 4 wykazu** za niespełniającą postawionego, warunku udziału w postępowaniu.

2.4. **Odwołujący** w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykazał się realizacją innej roboty budowlanej pn. „Budowa jednotorowej linii napowietrzno-kablowej WN 110 kV Przasnysz-Chorzele na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej (projekt budowlany i wykonawczy)", korzystając – na podstawie **art. 26 ust. 2b Pzp** – z wiedzy i doświadczenia SCR Energetyka Sp. z o.o., który to podmiot udostępnił **odwołującemu** swoje zasoby wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że **zamawiający** uznał tę robotę za spełniającą warunek, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ,** czego dowodzi treść zawiadomienia o wykluczeniu **odwołującego** z postępowania z **26.06.2015 r.** (vide **pkt 1.13 odwołania).**

2.5. **Zamawiający** po uzyskaniu odpowiedzi ze strony **odwołującego** wraz z uzupełnieniem dokumentów, zwrócił się ponownie do **odwołującego** (pismo z **11.06.2015 r.),** na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp,** o wyjaśnienie i określenie wartości wykazanych w **pkt IV referencji** z **29.12.2014 r.,** prac w zakresie budowy jednotorowej linii napowietrznej 110 kV, w ramach zadania polegającego na budowie nowej podstacji trakcyjnej Łachów w miejscowości Łachów, gmina Włoszczowa – roboty wskazanej pod pozycją nr 1 załączonego do oferty **odwołującego** wykazu robót budowlanych.

Odwołujący udzielił odpowiedzi w zakresie objętym wezwaniem, jednocześnie podkreślając, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** (budowy jednotorowej linii napowietrznej 110-kV) w wykazie robót budowlanych wykazał dwie roboty:

– budowę napowietrznej linii 110 kV zasilającej podstację trakcyjną Wyszyny w miejscowości Wyszyny gmina Słupsk;

– budowę jednotorowej linii napowietrzno-kablowej WN 110 kV Przasnysz-Chorzele na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej (projekt budowlany i wykonawczy), która została wykazana po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, w związku z zakwestionowaniem przez **zamawiającego** roboty pn. „Budowa nowej linii 110 kV na odcinku Kietrz-Głupczyce w liczbie 108 stanowisk na słupach rurowych".

Odwołujący w udzielonej odpowiedzi celowo zwrócił uwagę **zamawiającemu** na roboty, które wykazuje na potwierdzenie warunku, o którym mowa w **pkt 3.11.2 lit. b SIWZ,** gdyż wezwanie z **11.06.2015 r.** sugerowało, że **zamawiający** zdaje się nie wiedzieć, które pozycje z wykazu robót **odwołujący** wykazuje na spełnienie tego warunku. **Odwołujący** powziął taką wątpliwość, gdyż wezwanie do wyjaśnień, którego kontekst odnosił się do warunku z **lit. b pkt 3.1.1.2 SIWZ** dotyczyło roboty, którą **odwołujący** wykazał wyłącznie na potwierdzenie warunku, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. a SIWZ**.

2.6. W nawiązaniu do powyższego zupełnie niezrozumiała dla **odwołującego** jest decyzja **zamawiającego** z **26.06.2015 r.** o wykluczeniu **odwołującego** z postępowania z racji nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** – tj. wykazania się realizacją co najmniej 2 robót budowlanych o wartości co najmniej **3 mln zł** brutto każda, polegających na budowie linii napowietrznych na słupach rurowych, stalowych, o napięciu 110 kV lub wyższym.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu wskazał jedynie, że na potwierdzenie tego warunku uznał robotę pn. „Budowa jednotorowej linii napowietrzno-kablowej WN 110 kV Przasnysz-Chorzele na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej (projekt budowlany i wykonawczy) oraz wskazał, że robota budowlana wskazania w wykazie robót pod poz. nr 1 – „Kompleksowa budowa nowej podstacji trakcyjnej Łachów" nie została uznana przez **zamawiającego** jako spełniająca wymagania określone w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** (zamawiający w zawiadomieniu błędnie powołał **pkt 3.2.1.1.1 SIWZ,** dotyczący nie warunków udziału w postępowaniu, ale dokumentów na potwierdzenie spełnienia tych warunków), ze względu na jej wartość, oznaczoną przez **odwołującego** w wyjaśnieniach z **12.06.2015 r.**

Odwołujący podkreślił, że w tym zawiadomieniu **zamawiający** zupełnie pominął i nie odniósł się do **pozycji nr 4 wykazu** – Budowy napowietrznej linii 110 kV zasilającej podstację trakcyjną Wyszyny w miejscowości Wyszyny gmina Słupsk, która została wykazana jako druga robota na potwierdzenie spełnienia ww. warunku i która warunek ten spełnia, a odniósł się do roboty, która została wykazana jedynie na potwierdzenie innego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. a SIWZ**.

2.7. Tym samym **odwołujący** wskazał, że **zamawiający** naruszył:

– **art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp** przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny oferty **odwołującego,** a w konsekwencji przyjęcie, że **odwołujący** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ,** pomimo tego, że **odwołujący** wykazał się realizacją dwóch robót

budowlanych, które były wymagane do uznania ww. warunku wiedzy i doświadczenia za spełniony;

– **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp** przez nieuprawnione uznanie, że oferta **odwołującego** nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ** i niezgodne z prawem dokonanie czynności wykluczenia **odwołującego** z postępowania, co skutkowało uznaniem oferty **odwołującego** za odrzuconą.

W związku z tym **odwołujący** wskazuje, że **zamawiający** naruszył również **art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp** przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę ELFEKO,** tj. **wykonawcę** wybranego niezgodnie z przepisami, w sytuacji, gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta **odwołującego.**

Mając na uwadze powyższe **odwołujący** wnosi jak na wstępie, o uwzględnienie odwołania w całości obciążenie **zamawiającego** kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 06.07.2015 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **06.07.2015 r.** (art. **185 ust. 1 in initio Pzp).**

09.07.2015 r. wykonawca **ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 20a, 81-061 Gdynia** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego,** pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się

w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **13.07.2015 r.** (art. **186 ust. 1 Pzp). Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp,** to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp** – przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny oferty **odwołującego,** a w konsekwencji przyjęcie, że **odwołujący** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w **pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ**, pomimo tego, że **odwołujący** udowodnił spełnienie tych warunków – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał, zgodnie z pkt **3.1.1.2 lit. a i b SIWZ,** aby wykonawcy wykazali wykonanie: **(a)** 2 robót budowlanych, a w tym co najmniej jednej wraz z całą dokumentacją o wartości co najmniej 6 mln zł brutto każda, polegających na budowie lub przebudowie stacji WN/SN, w zakresie obwodów pierwotnych i wtórnych, **(b)** 2 robót budowlanych o wartości co najmniej 3 mln zł brutto każda, polegających na budowie linii napowietrznych na słupach rurowych stalowych o napięciu 110 kV lub wyższym. Wykonawcy mieli obowiązek załączenia do ofert dowody określające czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty i czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający nie mógł uwzględnić wykonania wszystkich robót na wykazanie spełnienia obu warunków (określonych w pkt **3.1.1.2 lit. b SIWZ).** Dlatego **zamawiający** wezwał **odwołującego 27.05.2015 r.** na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z **art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp,** który brzmi »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące [...] posiadania wiedzy i doświadczenia«. **Art. 26 ust. 3 Pzp** brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym

upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

Zamawiający 27.05.2015 r. wezwał wykonawcę cyt. »do uzupełnienia oferty o jeden przykład wykonanych robót zgodny z warunkami zamawiającego, załączając również stosowne dowody jego wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia«. Z zacytowanego wezwania wynika, że wykonawca powinien uzupełnić ofertę o jeden przykład wykonanej roboty budowlanej, czyli wykonawca powinien uzupełnić wykaz wykonanych robót o jedną robotę lub złożyć nowy wykaz. A do wykazy zamawiający

powinien załączyć dowody wykonania uzupełnionej roboty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia.

Tymczasem obecny odwołujący uzupełnił ofertę o dokumenty dotyczące zobowiązania innego podmiotu, KRS innego podmiotu oraz referencje. Odwołujący nie złożył najważniejszego dokumentu, a mianowicie swojego oświadczenia – wykazu robót nowego obejmującego wszystkie wykazywane roboty lub obejmującego tylko jedną uzupełnianą robotę.

Izba stwierdza, że **wykonawca** wezwany do uzupełnień zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp powinien mieć świadomość, że **zamawiający** – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i stanowiskiem doktryny – czyni takie wezwanie tylko jednokrotnie. Dlatego żadne braki w ofercie, które były wykazane w wezwaniu do uzupełnienia, nie mogą być później uzupełnione, a więc z tego wynika, że wykonawca powinien uzupełnienie wykonać w sposób pełny. Brak w ofercie i w uzupełnieniu oferty wykazu wszystkich robót lub dodatkowego wykazu zawierającego tylko wykazanie uzupełnionej roboty nie może być uzupełniony po upływie terminu wskazanego w wezwaniu. Dlatego **zamawiający** nie mógł uwzględnić uzupełnienia, gdyż odwołujący nie uzupełnił wykazu sporządzonego rzez siebie, a tylko uzupełnił referencje wystawione przez podmiot trzeci.

Wymaganie dwóch rodzajów dokumentów na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wynika z treści § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Przepis ten brzmi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą", zamawiający może żądać, następujących dokumentów [...] **[1] wykazu** robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z **[2] załączeniem dowodów** dotyczących najważniejszych robót, określających, czy

roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone«.

Na tej podstawie **Izba** musi stwierdzić, że **odwołujący** nie uzupełnił w sposób wystarczający oferty i dlatego **zamawiający** miał obowiązek wykluczyć odwołującego z postępowania zgodnie z **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,** a ofertę **odwołującego** uznać za odrzuconą, zgodnie z **art. 24 ust. 4 Pzp. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu«, a art. 24 ust. 4 Pzp brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

W związku z tym w ocenie **Izby** zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp** – nie może zostać uwzględniony.

W ocenie Izby, zarzut **drugi** naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp** – przez niezgodne z prawem dokonanie czynności wykluczenia **odwołującego** z postępowania ze względu na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności, co skutkowało odrzuceniem oferty **odwołującego** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający mając podstawy do wykluczenia **odwołującego** z postępowania nie mógł tego zignorować. **Zamawiający** uzasadnił swoją czynność wykluczenia **odwołującego** w piśmie z **26.06.2015 r. Zamawiający** na rozprawie ustnie do protokołu cofnął zarzuty, które skierował do **odwołującego** w zakresie niespełnienia warunków **lit. a,** ale pozostawił w mocy zarzuty dotyczące niespełnienia warunków określonych w **lit. b. Zamawiający** ponadto oświadczył, że »Zamawiający nie badał spełnienia warunku **art. 26 ust. 2b Pzp,** bo i tak zamierzał wykluczyć **odwołującego,** ale popiera zarzuty podnoszone przez **przystępującego«.**

Izba stwierdza, że **zamawiający** w piśmie z **26.05.2015 r.** bardzo ogólnie uzasadnił wykluczenie **odwołującego,** brak wykazania spełnienia warunku wymaganego w specyfikacji na podstawie **pkt 3.2.1.1.1 specyfikacji.** Mieściły się w tych zastrzeżeniach do oferty dwa zagadnienia: pierwsze zagadnienie brak w wykazie wskazania przywołanych

robót na wykazanie spełnienia warunku i drugie zagadnienie odnośnie wskazanej roboty braki w dokumentach określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W związku z tym częściowe uwzględnianie odwołania w zakresie spełniania przez referencje wymagań do uwzględnienia spełnienia warunku czy stwierdzenie zamawiającego, że nie zbadał w pełni oferty pod kątem niema znaczenia dla wyniku postępowania, bo i tak

---

zamawiający był zobligowany wykluczyć wykonawcę ze względu na brak w ofercie i uzupełnieniu do oferty wykazu robót, które odwołujący zamierzał wskazać na wykazanie spełnienia warunku. Izba zgodnie z **art. 192 ust. 2 Pzp,** który brzmi »Izba **uwzględnia odwołanie,** jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia« nie może uwzględnić odwołania, gdyż naruszenia przepisów przez **zamawiającego** nie miały wpływu ani nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia **art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp** – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę ELEFEKO,** tj. wykonawcę wybranego niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta **odwołującego** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Ze względu na to, że **zamawiający** musiał wykluczyć **odwołującego** i jego ofertę traktować jako odrzuconą nie mógł wybrać oferty odwołującego. Dlatego zamawiający mógł dokonać wyboru oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Z tego powodu dokonanie wyboru oferty złożonej przez **wykonawcę ELEFEKO** nie może budzić zastrzeżeń i **Izba** nie może przychylić się do trzeciego zarzutu **odwołującego.**

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp,** czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……