Sygn. akt: KIO 1334/14

WYROK
z dnia 15 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU ZBAR M. P. (Pełnomocnik Konsorcjum) oraz Elektrobud – Grudziądz Sp. z o.o. z dla ul. 60, 94-214 Łódź siedzibą Pełnomocnika Konsorcjum: Krakowska** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Elektrotim S.A. (pełnomocnik Konsorcjum) oraz Firma ATLine Spółka Jawna S. P. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. P. prowadzący gospodarczą pod firmą PHU ZBAR M. P. działalność (Pełnomocnik oraz – Sp. z o.o. Konsorcjum) Elektrobud Grudziądz z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Krakowska 60, 94-214 Łódź** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców**

---

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. P. prowadzący działalność gospodarczą P. pod firmą PHU ZBAR M. (Pełnomocnik Konsorcjum) oraz Elektrobud – Grudziądz Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Krakowska 60, 94-214 Łódź tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 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: ……

Sygn. akt: KIO 1334/14

Uzasadnienie

Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie *modernizacji systemu ochrony Składu Krapkowice (roboty teletechniczne)".* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa *Pzp".* Ogłoszenie

o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2014 r. pod nr 99713.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU ZBAR M. P. (Pełnomocnik Konsorcjum) oraz Elektrobud – Grudziądz Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum w Łodzi (dalej: „Odwołujący") w dniu 30 czerwca 2014 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 27 czerwca 2014 r. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 24 czerwca 2014 r. pocztą elektroniczną.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 1 lipca 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 4 lipca 2014 r. do Prezesa Izby złożyli swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Elektrotim S.A. (pełnomocnik Konsorcjum) oraz Firma ATLine Spółka Jawna S. P. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący").

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 15 lipca 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył odwołanie dotyczące czynności Zamawiającego polegających na:

1) wykluczeniu go z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty;
2) zaniechaniu wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
3) unieważnieniu postępowania.

W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na:

   - zastosowaniu niezgodnych z literalnym brzmieniem Specyfikacji Istotnych − Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") kryteriów oceny ofert oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców;
   - subiektywnej i błędnej ocenie oferty i przyjęciu, iż nie został przez − Odwołującego spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania robót w części SSWIN dotyczącej napłotowych systemów zabezpieczeń, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na wykluczeniu wykonawcy – w konsekwencji przyjęcia, iż nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia;
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i w rezultacie niezastosowanie, polegające na rezygnacji z możliwości żądania od wykonawcy wyjaśnień w toku badania i oceny oferty, mimo zaistnienia u Zamawiającego wątpliwości stanowiących ku temu obiektywną przesłankę;
4. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i w rezultacie niezastosowanie, polegające na ostatecznym niewybraniu oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo spełnienia wszystkich przesłanek;

5. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie polegające na przyjęciu, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania; −
unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania, a w konsekwencji − odrzucenia jego oferty,
dokonania wobec wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, − w tym Odwołującego, uprzednio zaniechanych czynności polegających na: przeprowadzeniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zawiadomieniu wykonawców o jej wynikach, przyznaniu oceny punktowej oraz zawiadomienie wykonawców o jej wynikach,

dokonanie wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty − Odwołującego,

zwrotu Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów − wynagrodzenia pełnomocnika według rachunków przedłożonych do akt sprawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał okoliczności faktyczne niniejszego postępowania związane w efekcie z wykluczeniem go z udziału w postępowaniu z powodu niespełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślił, że w jego ocenie literalny opis warunku zawarty w Części V ust 2 pkt 2 treści SIWZ wskazywał, iż wykonawca musiał potwierdzić prawidłowe wykonanie w dwóch robotach o wartości 5 000 000 PLN brutto każda, jednej z następujących kombinacji zadań:

roboty elektrycznej instalacyjnej oraz CCTV (w tym wideodetekcja − i wideoweryfikacja),

roboty teletechnicznej dotyczącej wykonania instalacji SSWIN oraz CCTV − (w tym wideodetekcja i wideoweryfikacja),

− roboty teletechnicznej dotyczącej wykonania instalacji KD oraz CCTV (w tym wideodetekcja i wideoweryfikacja),

roboty teletechnicznej dotyczącej wykonania instalacji napłotowych systemów − zabezpieczeń oraz CCTV (w tym wideodetekcja i wideoweryfikacja).

Jego zdaniem brak jest przesłanek dla przyjęcia odmiennej wykładni wymogów Zamawiającego zawartych we wskazanych zapisach SIWZ. W szczególności podkreślił, iż brak jest podstaw dla zastosowania według obowiązujących zasad logicznej wykładni koniunkcji łącznej dla wszystkich wymienionych po przecinku w opisie warunku robót. Wskazał na zasady logiki, jak i koniunkcji łącznej w języku polskim, które, w jego ocenie, nie znajdują w swym katalogu przecinka. Jego zdaniem przy chęci zastosowania koniunkcji łącznej należało bowiem posłużyć się łącznikiem „i" lub określeniem: „*Za robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się zrealizowane łącznie roboty elektryczne instalacyjne, roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWIN, KD, napłotowych systemów zabezpieczeń oraz CCTV (w tym wideodetekcja i wideoweryfikacja jako wykazanie jednej roboty budowlanej'*

Odwołujący przywołał też odpowiedzi na zapytania do treści SIWZ składane w niniejszym postępowaniu, które jego zdaniem potwierdzają prezentowaną przez niego interpretację zapisów SIWZ. Zamawiający w tych odpowiedziach nie potwierdził innej sugerowanej interpretacji, co mógł uczynić stosując krótką odpowiedź „TAK", lecz na pytanie nr 4 - dotyczące części V punkt 2 podpunkt 2 o treści:

„Proszę *o informację czy na spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca ma przedstawić:*

a) Jedną usługę obejmującą roboty elektryczne, roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWIN, KD, napłotowych systemów zabezpieczenia oraz CCTV oraz

b) Jedną usługę obejmującą roboty elektryczne, roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWIN, KD, napłotowych systemów zabezpieczenia oraz CCTV (w tym wideodetekcja i wideo weryfikacja)?"
odpowiedział:
„Wykonawca na spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia ma przedstawić, tak jak określono w SIWZ, roboty elektryczne instalacyjne, roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWIN, KD, napłotowych systemów zabezpieczeń oraz CCTV (w tym wideodetekcja i wideoweryfikacja jako wykazanie jednej roboty budowlanej o wartości, co najmniej 5 000 000 PLN brutto."
Jednocześnie też w odpowiedzi na pytanie 6:
„Proszę *o informację czy Zamawiający uzna warunek wykazu usług za spełniony jeżeli Wykonawca przedstawi oddzielnie wykonanie usługi na:*
a) roboty elektryczne
b) roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWIN

c) roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji KD
d) roboty teletechniczne dotyczące wykonania napłotowych systemów zabezpieczeń
e) roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji CCTV
f) wideodetekcję i wideo weryfikację
o łącznej wartości wszystkich wymienionych robót powyżej 10 000 000 zł brutto (przy czym ww. roboty będą składały się z wielu umów)", Zamawiający odpowiedział:
„Zgodnie *z zapisami SIWZ, każda z wymienionych wyżej robót budowlanych może być przedstawiona jako oddzielne zadania i suma tych robót ma wynosić minimum 5 000 000 PLN brutto, i będzie to traktowanie jako wykonanie jednej roboty budowlanej."*

Odwołujący podniósł, że do złożonej przez siebie oferty załączył stosowny wykaz robót odpowiadający wymaganiom Zamawiającego zawartym w tym zakresie w treści SIWZ (załącznik nr 3 i 4 do oferty) i wykazał realizowane w ostatnim czasie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia. Łączna wartość robót wynosiła 23 858 828,11 PLN brutto oraz pozwalała jego zdaniem na zgrupowanie poszczególnych zadań w dwie roboty budowlane o wartości co najmniej 5 000 000 PLN brutto, co potwierdza, że Odwołujący spełnił wymóg wykonania wymaganych przez SIWZ robót instalacyjnych, w tym również wykonania napłotowych systemów zabezpieczeń. W ocenie Odwołującego nie istnieją argumenty przemawiające za twierdzeniem Zamawiającego, iż dokumenty przedstawione przez Odwołującego co do warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie wykazują wykonania robót w części SSWIN dotyczących napłotowych systemów zabezpieczenia, które legło u podstaw wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty i unieważnienie postępowania.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego przywołanej w zawiadomieniu o unieważnieniu przetargu na skutek, między innymi, odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący podkreślił, że dodatkowo załączył pisemne potwierdzenie z firmy AGTES S.A. iż firma ZBAR PHU M. P. realizuje obecnie określone zadanie inwestycyjne w zakresie obejmującym: instalację systemów p.poż, instalację systemów włamania, instalację systemów telewizji dozorowej, instalację kontroli dostępu o łącznej wartości prac na dzień 15 maja 2014 r. - 3 792 910,54 zł netto oraz, że jakość przekazywanych instalacji jest poprawna i nie budzi zastrzeżeń. Zdaniem Odwołującego potwierdził on tym samym, zgodnie z wymogami SIWZ, iż realizuje prace w zakresie instalacji tożsamych z przedmiotem zamówienia oraz, iż na chwilę obecną zrealizował je na wartość 3 792 910,54 zł netto.

Co do kwestii wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp - posiadania wiedzy i doświadczenia, podkreślił, że pismem z 16 czerwca 2014 r. udzielił

Zamawiającemu stosownej odpowiedzi, przesyłając w załączeniu tabelę z wykonanymi zadaniami, zgrupowanymi w dwie roboty budowlane oraz zgrupowanymi wartościowo powyżej 5 000 000 zł brutto każda.

Odwołujący wskazał też, że Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. przesłał

Odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego, zapraszającego go jednocześnie do zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w dniu 20 czerwca 2014 r. W piśmie tym Zamawiający oświadczył jednocześnie, że w postępowaniu nie odrzucono żadnej oferty oraz nie wykluczono żadnego wykonawcy. Powyższe – zdaniem Odwołującego - po raz kolejny potwierdza prawidłową interpretację zapisów SIWZ przedstawioną przez Odwołującego, jak również spełnienie przez niego wszelkich stawianych przez Zamawiającego, warunków udziału w przetargu. Podkreślił jednak, że zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, wbrew uprzedniej decyzji Zamawiającego, zostało przesłane do Odwołującego na skutek pisma drugiego (przegranego) wykonawcy (Przystępującego), co w jego ocenie, w świetle faktów oraz dokumentów wydanych w przedmiotowym postępowaniu, pozbawione jest podstaw nie tylko prawnych, ale również faktycznych, gdyż Zamawiający potwierdził bowiem na dzień 20 czerwca 2014 r., iż według dokonanej przez niego oceny nikt nie został wykluczony z postępowania. Wskazał, że jeśli na skutek wniesionego przez niego pisma Zamawiający powziął jakiekolwiek wątpliwości, co do słuszności swoich uprzednich decyzji oraz dokonanych przez siebie ocen, to dysponował środkami prawnymi w postaci wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień - czego jednak nie uczynił.

Odwołujący wskazał też, że zakres przedstawionych przez niego robót, dotyczących instalacji systemów zabezpieczeń wyczerpywał w pełni warunki udziału w postępowaniu wskazane w SIWZ, bowiem systemy ochrony obwodowej SSWIN (Systemy Sygnalizacji Włamania i Napadu) mogą być montowane zarówno „na płocie", jak i pod ziemią. Podkreślił, że posiada w tym zakresie nie tylko bardzo bogate doświadczenie, ale również autoryzację producentów systemów napłotowych (Omnitrax, FlexPS, CI AS). W sytuacji powzięcia informacji o jakichkolwiek wątpliwościach Zamawiającego co do posiadanej przez Odwołującego wiedzy czy doświadczenia z pewnością złożyłby w tym zakresie stosowne wyjaśnienia.

Odwołujący, powołując się na dyspozycję art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U, Nr 87, poz. 605), podkreślił, że dysponowanie przez wykonawcę odpowiednim doświadczeniem jest weryfikowane za pośrednictwem wykazu wykonanych prac odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością udzielanego

zamówienia, a ponadto, iż opis spełniania warunku musi być adekwatny do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie może ograniczać uczciwej konkurencji.

Reasumując powyższe, Odwołujący podkreślił, że spełnił warunki udziału w przetargu i potwierdził posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie odpowiadających swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, złożył najkorzystniejszą ofertę, która w dniu 18 czerwca 2014 r. została wyłoniona jako najkorzystniejsza przez Zamawiającego po zbadaniu i ocenie ofert. Podniósł, że zmiana stanowiska Zamawiającego odnośnie spełniania przez Odwołującego warunku wiedzy i doświadczenia, nastąpiła na skutek pisma innego wykonawcy, o treści niezgodnej ze stanem faktycznym, zaś wykluczenie Odwołującego nastąpiło bez podstaw faktycznych ani prawnych i nie istniały przesłanki do unieważnienia postępowania przetargowego.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, a jednocześnie też podkreślił, że oczekiwanie ze strony Zamawiającego wykazania się realizacją napłotowych systemów zabezpieczeń jest nadmierne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Wskazał też, że systemy ochrony obwodowej zabezpieczeń realizowane są poprzez umieszczenie tych systemów na płotach bądź poprzez zakopanie, a jedna i druga realizacja zapewnia określony efekt, na potwierdzenie powyższego została przedłożona wraz z uzupełnieniem odwołania opinia z dnia 26 czerwca 2014 r. pana K. C. , tj. eksperta PISA w zakresie bezpieczeństwa. Podkreślił, że wykazał się realizacją napłotowych systemów zabezpieczeń, przy czym wskazał, że literalna wykładnia opisu tego warunku nie wymagała wykazania się realizacją napłotowych systemów zabezpieczeń. Ponadto podniósł, że Zamawiający w opisie warunku nie uzależnił spełniania go od konieczności wykazania się wykonaniem całego zamówienia, gdyż dopuścił możliwość wykazania się zamówieniem, które jest w toku realizacji w zakresie części, która już została zrealizowana. Odwołujący wyjaśnił też, że

zamówienie realizowane na rzecz firmy AGTES S.A. zostało wykonane w zakresie wskazanych w dokumencie referencji z 20 maja instalacji na wartość tam wskazaną, tj. 3.792.910,54 złotych netto. Wyjaśnił, że zamówienie to było realizowane w związku z realizacją całego zadania inwestycyjnego przez firmę AGTES S.A. na rzecz Jednostki Wojskowej 1156 Poznań-Krzesiny, a wartość całej inwestycji realizowanej przez AGTES S.A. stanowi około 10.000.000,00 zł, natomiast prace realizowane przez Odwołującego na rzecz AGTES S.A. w ramach tej inwestycji to wartość około 4.000.000,00 zł. Według niego złożone przez niego Zamawiającemu referencje potwierdzały wykonanie i odebranie przez Zamawiającego wskazanych tam instalacji i opłacenie w tym zakresie faktur, natomiast pomiędzy 15 maja, a 30 czerwca Odwołujący wykonywał jeszcze na rzecz AGTES S.A. prace integracyjne dotyczące działających systemów.

Odwołujący w uzupełnieniu odwołania wniósł o dopuszczenie w przedmiotowej sprawie dowodu z opinii Pana K. C. z 26 czerwca 2014 r., wskazującą na podobieństwa wykonania napłotowych systemów zabezpieczeń z systemami montowanymi przy pomocy kabli zakopywanych w ziemi.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że zarzuty podnoszone aktualnie przez Odwołującego *de facto* sprowadzają się do kwestionowania opisu warunku zawartego w SIWZ, co na tym etapie postępowania jest spóźnione. Podkreślił, że przecinki użyte w opisie warunku wiedzy i doświadczenia traktowane są jako koniunkcja, stąd też Zamawiający wymagał wykazania się wszystkimi rodzajami robót teletechnicznych wymienionych w opisie warunku, a ponadto według niego sam opis warunku wskazywał na konieczność wykazania się zrealizowanymi już (wykonanymi) robotami. Wskazał tu na zapisy części VI SIWZ, gdzie w wykazie wymaganych dokumentów Zamawiający oczekiwał wykazu robót budowlanych wykonanych, a nie będących w trakcie realizacji. Podkreślił też, że ustawodawca dopuścił możliwość wykazywania się pracami będącymi w toku, ale jedynie w odniesieniu do usług, a nie robót budowlanych. Wskazał, że udzielając odpowiedzi na zapytania do SIWZ odsyłał do zapisów specyfikacji z racji tego, iż wykonawca w pytaniu numer cztery i sześć odnosił się do usług, a nie robót budowlanych, stąd też niewystarczające było, w ocenie Zamawiającego, jedynie potwierdzenie okoliczności będących przedmiotem zapytań i Zamawiający w tym zakresie odniósł się do zapisów SIWZ. Podkreślił, że w trakcie postępowania nie było zapytań ze strony wykonawców dotyczących postanowień SIWZ w zakresie możliwości wykazania się realizacją systemami podziemnymi zabezpieczeń. Zamawiający nie zakwestionował opinii, na którą powoływał się Odwołujący, jednakże podkreślił, że w opisie warunku oczekiwał on wprost wykazania się systemami napłotowymi. Wyjaśnił też, że wcześniejszy wybór oferty najkorzystniejszej (tj. oferty Odwołującego) był błędny, jednakże został przez Zamawiającego zweryfikowany w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił też, że faktyczną podstawą unieważnienia przez niego postępowania była okoliczność, iż oferta Przystępującego przekraczała możliwości finansowe Zamawiającego.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia, jak i w toku rozprawy popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W toku rozprawy złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie, w którym przywołując treść warunku wiedzy

i doświadczenia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ podkreślił, że roboty, których wykazaniem musieli się kwalifikować wykonawcy nie musiały być wykonane w jednym zadaniu - można było się wykazać wykonaniem poszczególnych robót w kilku zadaniach. Powyższe, według Przystępującego, oznacza, że podmioty ubiegające się o zamówienie musiały wykazać się dwoma zestawami robót i w każdym z tych zestawów musiały znajdować się wszystkie roboty wskazane w opisie warunku, przy czym wartość każdej uznanej przez Zamawiającego jednej roboty miała wynosić co najmniej 5 mln zł brutto.

Przystępujący nie zgodził się z Odwołującym, iż w ramach wykazania wskazanego warunku udziału w postępowaniu można było się wykazać wybraną przez siebie kombinacją robót. Jego zdaniem opis warunku należy czytać łącznie z zapisami części III ust. 1 SIWZ dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia, który obejmuje wykonanie instalacji SSWiN, KD, wiedodomofonów, systemu CCTV (widedetekcja, wideoweryfiakcja), napłotkowych systemów zabezpieczenia, kanalizacji wtórnej w modernizowaniem systemie ochrony Składu Krapkowice, gdyż opis warunku w wiedzy Zamawiający uszczegółowił zakresie i doświadczenia odnosząc go do robót objętych opisem przedmiotu zamówienia. Opis warunku udziału w postępowaniu wskazywał – jego zdaniem - na konieczność wykazania się wszystkimi robotami tam wymienionymi i wyszczególnionymi po przecinku. Przystępujący wskazał na niezastosowanie logicznej wykładni opisu warunku, dokonanej przez Odwołującego co do koniunkcji, łącznie dla wszystkich robót wymienionych po przecinku. Wyjaśnił, że przecinek jako znak interpunkcyjny rozdziela zdania współrzędne, zdania podrzędne i nadrzędne lub wyrażenia wtrącone, równoważniki zdań, człony zdania pojedynczego. Sam przecinek nie niesie ze sobą żadnego znaczenia, ale może mieć zasadnicze znaczenie dla interpretacji treści zdania, użycie przecinka nie zawsze daje jednoznaczność tekstu i wymaga w każdym przypadku rozważenia, jaką funkcję przecinek pełni w konkretnym zdaniu. Wskazał, że przecinek może pełnić funkcję znaku przestankowego, spójnika koniunkcji lub alternatywy. Jego zdaniem w opisie warunku wiedzy i doświadczenia w SIWZ pozwala się na stwierdzenie, że przecinek tam użyty pełni odpowiednik spójnika koniunkcji. Według Przystępującego Odwołujący składający ofertę w konsorcjum powinien wykazać się doświadczeniem przynajmniej przez jeden z podmiotów, który wykonał co najmniej dwie roboty budowlane obejmujące wskazane w opisie warunku prace. Dla wykazania się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu należało wykazać się wykonanymi przez siebie pracami, nie licząc możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, tymczasem – jak podniósł Przystępujący – nie można zaliczyć w ramach spełniania warunku wykazanej przez Odwołującego roboty polegającej na rozbudowie i integracji systemów ochrony w JW 1156 Poznań – Krzesiny, gdyż z załączonego pisma AGTES S.A. wynika jednoznacznie, że lider wykonawcy Odwołującego nadal realizuje

wskazane zadanie, a skoro robota nie została wykonana i odebrana przez inwestora nie może też być uznana za spełniającą warunek udziału w postępowaniu. Przystępujący powołał się przy tym na przepisy 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 r., poz. 231), zwanego dalej: „rozporządzeniem *w sprawie dokumentów*". Nie uwzględnienie wskazanej pracy powoduje – według Przystępującego – że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił też, że żadna z robót wykazanych przez Odwołującego nie obejmowała wykonanie napłotowych systemów zabezpieczenia. Jedyna wykazana przez Odwołującego robota obejmująca napłotowy system zabezpieczeń to robota budowlana obejmująca modernizację i budowę nowego systemu alarmowego oraz przebudowę ogrodzenia kompleksu dla JW. 4392 w Nowym Glinniku. Według Przystępującego jednak wskazana robota budzi wątpliwości bowiem roboty te były wykonywane przez konsorcjum, którego liderem była firma Elektrobud - Grudziądz Sp. z o.o., jednakże do oferty Odwołującego nie dołączono do tych referencji podziału robót na roboty wykonywane przez wskazaną firmę oraz na roboty budowane wykonywane przez drugiego członka konsorcjum. Według niego wykonawcy ubiegający się o zamówienie mieli wykazać się wykonaniem robót, czyli zrobieniem konkretnego rodzaju robót, a nie biernym braniem udziału w robocie budowlanej. Jednakże nawet uznanie tej roboty – zdaniem Przystępującego - nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem jest to tylko jednak robota budowlana, zaś w warunku był wymóg dwóch robót. W ocenie Przystępującego Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wskazany przepis ma zastosowanie do sytuacji, kiedy Zamawiający badając i oceniając ofertę poweźmie wątpliwości co do jej treści. Odwołujący stawiając zarzut w tym zakresie pominął to, że regulacja ustawy Pzp zawiera także przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym gdy zamawiający poweźmie wątpliwości co do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, korzysta w tym zakresie z procedury przewidzianej we wskazanym przepisie ustawy Pzp, zaś w pozostałym zakresie może korzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że Odwołujący został wezwany do

uzupełnienia dokumentów, a procedura ta nie może być wykorzystywana wielokrotnie. Co do regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powołując się na orzeczenie SO w Gdańsku (XII Ga 206/08), wskazał, że z tego przepisu wynika uprawnienie, a nie obowiązek zachowania dla zamawiającego. Podkreślił, że to na Odwołującym spoczywał obowiązek sporządzenia oferty według wymagań SIWZ i to z taką starannością, aby nie budziła ona wątpliwości.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżona przez niego czynność dotyczy przede wszystkim wykluczenia go z postępowania, co w efekcie w sposób bezpośredni pozbawiało go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów w nim podniesionych, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 9 maja 2014 r.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę: 6 771 453,10 zł i mieści się - dla robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia - poniżej wartości progów unijnych (wartości zamówień określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp).

Zamawiający w Części V ust. 2 pkt 2 lit. a) SIWZ dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wskazał tam, że:

„warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się:

a) doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia. Za robotę budowlaną odpowiadającą swoim

rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się roboty elektryczne instalacyjne, roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWIN, KD, napłotowych systemów zabezpieczeń oraz CCTV (w tym wideodetekcja i wideoweryfikacja jako wykazanie jednej roboty budowlanej. Zamawiający dopuszcza wykazanie tych robót w oddzielnych zadaniach. W takim przypadku roboty te zostaną zsumowane i będzie to traktowane jako wykonanie jednej roboty budowlanej. Przy czym każda z dwóch robót budowlanych odpowiadająca swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, powinna być wartości co najmniej 5 000 000 PLN brutto każda. Przy składaniu oferty wspólnej o udzielenie zamówienia Zamawiający dopuszcza możliwość udokumentowania doświadczenia w postaci wykazania realizacji robót w poszczególnych robotach budowlanych z zastrzeżeniem, że łączna ich wartość wyniesie 5 000 000 PLN brutto i będzie to traktowane jako wykazanie jednej roboty budowlanej oraz, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; Zamawiający informuje, iż przy składaniu oferty wspólnej doświadczenie niezbędne

do udziału w postępowaniu powinni posiadać wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną, bądź chociaż jeden z nich".

Zamawiający przed upływem terminu do składania ofert w piśmie z dnia 20 maja 2014 r. udzielił wykonawcom odpowiedzi na ich zapytania dotyczące treści SIWZ, w tym zapytania dotyczące opisu warunku wiedzy i doświadczenia. W tym zakresie zostały udzielone odpowiedzi

- na pytanie nr 4:

„1) *proszę o informację czy na spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca ma przedstawić:*

a) Jedną usługę obejmującą roboty elektryczne roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWiN, KD, napłotowych systemów zabezpieczenia oraz CCTV oraz

b) Jedną usługę obejmującą roboty elektryczne, roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWiN, KD, napłotowych systemów zabezpieczenia oraz CCTV (w tym wideodetekcja i wideoweryfiakcja)

każda z powyższych usług o wartości 5 000 000,00 zł w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert"

odpowiedź o treści: „Wykonawca *na spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia ma przedstawić, tak jak określono to w SIWZ, roboty elektryczne instalacyjne, roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWiN, KD, napłotowych systemów*

zabezpieczenia oraz CCTV (w tym wideodetekcja i wideoweryfikacja) jako wykazanie jednej roboty budowalnej o wartości, co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto"

- na pytanie nr 5:

„Proszę *o informację co Zamawiający ma na myśli używając stwierdzenia „Zamawiający dopuszcza wykazanie tych robót w oddzielnych zadaniach. W takim przypadku roboty te zostaną zsumowane i będzie to traktowane jako wykonanie jednej roboty budowlanej" Czy dwa oddzielne zadania należy interpretować w ten sposób, iż wykonawca przedstawia usługę na:*

- wiedeodetekcję i wideoweryfikację

- roboty elektryczne, roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWiN, KD, napłotowych systemów zabezpieczenia oraz CCTV.

Suma tych dwóch usług opiewa na kwotę 5 mln zł i należy ją traktować jako jedną robotę budowlaną."

odpowiedź o treści: „Zgodnie *z zapisem SIWZ każda z wymienionych wyżej robót budowlanych może być przedstawiona jako oddzielne zadanie i suma tych robót ma wynosić minimum 5 000 000,00 PLN brutto, i będzie to traktowane jako wykonanie jednej roboty budowlanej."*

- na pytanie nr 6

„Proszę *o informację czy Zamawiający uzna warunek wykazu usług za spełniony jeżeli Wykonawca przedstawi oddzielnie wykonanie usług na:*

a) Roboty elektryczne,

b) Roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji SSWiN

c) Roboty teletechniczne dotyczące wykonania instalacji KD,

d) Roboty teletechniczne dotyczące wykonania napłotowych systemów zabezpieczenia

e) Wideodetekcja i wideoweryfiakcja

o łącznej wartości wszystkich wymienionych robót powyżej 10 000 000,00 zł brutto (przy czym ww. roboty będą składały się z wielu umów"

odpowiedź o treści: „Jak *w odpowiedzi na pytanie nr 5".*

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 26 maja 2014 r., do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty, tj. oferta Odwołującego i Przystępującego.

W ofercie Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przedłożył on wykaz robót, wskazując na:

1. Prace budowlane w kompleksie wojskowym w Malborku z zakresem: roboty remontowo-budowlane, instalacje elektryczne, teletechniczne, wideo domofonowe, ssp, kd, sswin o wartości: 291 271,33 zł, realizowane dla RZI w Gdyni w okresie: listopad 2010 – lipiec 2011,
2. Wykonanie instalacji systemów włamania i napadu wraz z systemami sygnalizacji pożaru oraz instalacjami elektrycznymi w obiekcie muzealnym wpisanym do rejestru zabytków o wartości: 22 127,70 zł, realizowane dla Muzeum w Łowiczu w okresie: 13.08.2012 – 14.09.2012,
3. Montaż systemu zabezpieczeń na obwodnicy terenu, biurze przepustek i PKT w kompleksie wojskowym 3019 Maksymilianowo dla JW. 1123 Grudziądz o wartości: 3 590 433,41 zł, realizowane dla RZI w Bydgoszczy w okresie: 16.08.2011-26.10.2012,
4. Budowa systemów ochrony technicznej i fizycznej w części II piętra budynku nr 7 Gliwice w kumpelskie zamkniętym Ul. Andersa 47 o wartości: 234 992,74 zł, realizowane na rzecz RZI w Krakowie w okresie: 1.09.2010 – 27.10.2011,
5. Roboty teletechniczne w przebudowanym budynku nr 4 dla potrzeb Jednostki Wojskowej nr 2039 w Lidzbarku Warmińskim o wartości: 258 966,26 zł, realizowane dla RZI w Olsztynie w okresie: 5.06.2008 – 29.07.2009,
6. Przebudowa pomieszczeń dla celów kancelarii kryptograficznej i stacji łączności GWŁ w Braniewie o wartości: 287 727,03 zł, realizowana dla RZI w Olsztynie w okresie: 17.06.2010 – 08.09.2010,
7. Przebudowa pomieszczeń dla celów kancelarii krypto i stacji łączności kryptograficznej JW. 2980 Braniewo o wartości: 2 115 422,70 zł, realizowana dla RZI w Olsztynie w okresie: 4.12.2008-12.08.2010,
8. Budowa kompleksowego systemu ochrony obiektów w Warszawie, w kompleksie wojskowym K-0030, polegająca na instalacji zintegrowanego systemu zabezpieczeń składającego się m.in. z systemu obwodowego, SSWiN, SKD i CCTV o wartości: 1 379 600,94 zł, realizowana dla UNI-SAN Przedsiębiorstwo Instal. - Budowlane w Warszawie w okresie: listopad 2012 – marzec 2013,
9. Usługa dostawy sprzętu oraz montażu, podłączenia uruchomienia i nadzoru w kompleksie wojskowym, polegającego na budowie zintegrowanego systemu zabezpieczeń, w tym elektronicznego systemu obwodowego z zakopywanym kablem sensorycznym, systemu sygnalizacji włamania i napadu, telewizji dozorowej i kontroli

dostępu o wartości: 874 833,45 zł, realizowana dla ZEUS S.A. z Pruszczu Gdańskim w okresie: 16.07.2013 – 31.07.2013,
10. Rozbudowa i integracja systemów ochrony w JW. 1156 Poznań – Krzesiny – instalacje systemów ppoż, sswin, cctv, kd o wartości: 3 792 910,51 zł, realizowane dla AGTES S.A. z Warszawie w okresie 25.07.2012 – 15.05.2014.

Na potwierdzenie należytego wykonania tych prac do oferty Odwołującego zostały załączone odpowiednie dokumenty referencyjne (referencje, protokoły, zaświadczenia i opinie).

Zamawiający pismem z dnia 13 czerwca 2014 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wskazując, że w złożonym wraz z ofertą wykazie robót budowlanych Odwołujący przedstawił wykonanie jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu instalacji CCTV wraz z wideodetekcją i wideoweryfikacją, a także jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu napłotowych systemów zabezpieczeń, zaś zgodnie z wymogami części V ust. 2 pkt 2a SIWZ należało przedstawić wykonanie dwóch tego typu robót.

Odwołujący przy piśmie z dnia 16 czerwca 2014 r. złożył Zamawiającemu szczegółowe zestawienie robót budowlanych, których wykaz pierwotnie załączono do złożonej oferty wraz z odwołaniem do poszczególnych numerów załączników, potwierdzający spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wyjaśnił, że wykaz ten zawiera szczegółowe rozbicie poszczególnych prac z wyszczególnieniem spełnionego warunku oraz łączne zestawienie zadań na dwie roboty budowlane, co w jego ocenie wyczerpuje żądanie zawarte w wezwaniu, jak i spełnia wymogi SIWZ uszczegółowione

odpowiedziami na zapytania do treści SIWZ z dnia 20 maja 2014 r. (odpowiedź i zapytanie nr 5 i 6). Wykaz dodatkowo zawierał jeszcze jedną robotę budowlaną w stosunku do wskazanych w wykazie robót załączonym do oferty, tj. roboty modernizacji i budowy nowego systemu alarmowego oraz przebudowy ogrodzenia kompleksu dla JW. 4392 w Nowym Glinniku, które to prace obejmowały ogrodzenie całego kompleksu wojskowego oraz furtek i bram wjazdowych, systemów: sygnalizacji włamania i napadu, kontroli dostępu, CCTV (w tym wideodetekcja i wideoweryfikacja) oraz napłotowych systemów zabezpieczenia, zasilających instalacji elektrycznych, kanalizacji teletechnicznych, wykonanie dokumentacji powykonawczej, uruchomienie systemów alarmowych i przeszkolenie obsługi o wartości 11 010 542,04 zł, realizowanych na rzecz RZI w Bydgoszczy.

Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego.

Przystępujący pismem z dnia 19 czerwca 2014 r., działając na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował Zamawiającego o czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, polegającej na wyborze jako najkorzystniejsza oferty złożonej przez Odwołującego i zaniechaniu wykluczenia z postępowania tego wykonawcy oraz zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego. Wskazał w nim m.in., że Odwołujący, wykazując spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia i przywołując w tym zakresie 10 prac wykonanych przez lidera konsorcjum Odwołującego, w żadnej z tych prac nie wykazał, iż obejmowały one roboty teletechniczne dotyczące wykonana napłotowych systemów zabezpieczenia. Powyższe – jego zdaniem - nie wynika też z dokumentu referencji przedłożonych przez Odwołującego. Podkreślił też, że Lider Odwołującego w wykazie robót wskazał także na robotę polegającą na rozbudowie i integracji systemów ochrony w JW. 1156 Poznań – Krzesiny, a z załączonego pisma wystawionego przez AGTES S.A. wynika jednoznacznie, iż lider Odwołującego nadal realizuje zadanie na obiekcie jednostki wojskowej w Poznaniu. Według Przystępującego nie można uznać wskazanej roboty, gdyż nie została ona wykonana i odebrana przez Inwestora. Powołał się przy tym na treść rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym w wykazie robót mają znaleźć się roboty wykonane a nie wykonywane. Przystępujący podniósł także, że wskazana w wykazie robót praca w kompleksie wojskowym 3019 Maksymilianowo o wartości 3 590 433,41 zł realizowana była przez obydwu konsorcjantów Odwołującego i tym samym według niego, albo jeden z podmiotów tworzących konsorcjum Odwołującego powinien wskazać powyższe zadanie albo razem, ale z podziałem rodzaju robót przez siebie wykonanych i z kwotą rzeczywiście uzyskanego przez siebie wynagrodzenia. Przy uwzględnieniu powyższego argumentu, zdaniem Przystępującego, nie można uznać, że lider konsorcjum Odwołującego wykonał dwie roboty o wartości co najmniej 5 mln zł brutto, tym samym Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, zaś drugi z konsorcjantów Odwołującego nie wykazał spełniania warunku, bowiem wykazał się realizacją tylko jednej roboty obejmującej napłotowy system zabezpieczenia (prace na rzecz JW. 4392 w Nowym Glinniku). Również ta wykazana robota budziła wątpliwości Przystępującego, który wskazał, że roboty te wykonywane były przez konsorcjum, w skład którego wchodził konsorcjant Odwołującego, jednak nie zostało w tym zakresie wyodrębnione roboty wykonywane właśnie przez ten podmiot. Według Przystępującego zaś, gdyby takie wyodrębnienie zostało wykazane okazałoby się, że napłotowy system zapieczeń wykonany został przez drugiego z konsorcjantów - firmę ATLine Spółka Jawna S. P. . Podkreślił, że nawet gdyby uznać, że ta robota spełnia wymogi SIWZ, to jest to

w dalszym ciągu jedna praca, obejmująca wykonanie napłotowego systemu zabezpieczenia, podczas gdy warunek wskazywał na dwie takie roboty, co oznacza, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w dniu 23 czerwca 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Wskazał w nim, powołując się na pismo Przystępującego z dnia 19 czerwca 2014 r., że w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert wykluczył Odwołującego z postępowania, z racji tego, że uzupełnione przez tego wykonawcę dokumenty nie spełniają

warunku opisanego w części V ust. 2 pkt 2 SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia, ponieważ nie zostało wykazane wykonanie robót w części SSWiN dotyczące napłotowych systemów zabezpieczenia, a ponadto, iż w piśmie firmy AGATES złożonym w ofercie jest informacja, że konsorcjant Odwołującego realizuje obecnie zadanie inwestycyjne, a nie, że je zrealizował. Jednocześnie też Zamawiający wskazał, że nie dokona wyboru drugiej ze złożonych w postępowaniu ofert (Przystępującego), ponieważ cena, jaką wykonawca zaoferował, przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i postanowił unieważnić przedmiotowe postępowanie. Jako podstawy prawne podjętych w postępowaniu czynności w zawiadomieniu skierowanym do wykonawców wskazano na art. 93 ust. 1 pkt 1 w połączeniu z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przywołano także art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp. Co do unieważnienia postępowania Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą stwierdził, że uunieważnił postępowanie z powodu tego, że oferta Przystępującego przekraczała możliwości finansowe Zamawiającego.

Przywołane czynności Zamawiającego stały się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie potwierdził się.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Części V ust. 2 pkt 2 SIWZ. Zasadną w ocenie Izby była decyzja Zamawiającego o uznaniu, że Odwołujący nie spełnia wskazanego warunku udziału w postępowaniu z uwagi na brak wykazania przez niego, iż zrealizował określone prace –

---

roboty teletechniczne dotyczące napłotowych systemów zabezpieczenia. W tym zakresie Odwołujący w wykazie robót załączonym do oferty nie wykazał dwóch tego rodzaju robót budowlanych, zgodnie z opisem warunku. Słusznym zatem było skierowanie w tym zakresie przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wyniku tego wezwania Odwołujący przedłożył Zamawiającemu nowy wykaz robót, w którym na potwierdzenie realizacji robót dotyczących napłotowych systemów zabezpieczenia wskazał dotychczas wykazywaną pracę, realizowaną na rzecz AGTES S.A. z siedzibą w Warszawie, wskazując w wykazie, iż praca ta obejmowała również napłotowy system zabezpieczeń. Dodatkowo Odwołujący wskazał jeszcze jedną robotę budowlaną realizowaną na rzecz RZI w Bydgoszczy, która – według opisu Przystępującego – także zawierała realizację napłotowego systemu zabezpieczeń. Odnosząc się do powyższego Izba stwierdziła, że jedna ze wykazanych robót teletechnicznych dotyczących napłotowych systemów zabezpieczenia wprost nie może być uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego wynikające z opisu warunku udziału w postępowaniu oraz z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Chodzi o prace wykonywane na rzecz AGTES S.A. Jak bowiem wynika z treści referencji z dnia 20 maja 2014 r. firma ZBAR PHU M. Popęda (członek Konsorcjum Odwołującego) realizuje zadanie inwestycyjne pod nazwą Rozbudowa i integracja systemów ochrony JW. 1156 Poznań – Krzesiny. Treść wystawionych referencji wskazuje też, że wartość przekazanych i zafakturowanych na dzień 15.05.2014 r. prac w ramach tej inwestycji wynosi 3 792 910,54 zł netto. W toku rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że wskazana robota budowlana o wskazanej wartości była realizowana w związku z wykonaniem całego zadania inwestycyjnego przez firmę AGTES S.A. na rzecz Jednostki Wojskowej 1156 Poznań - Krzesiny. Podkreślił, że wartość całej inwestycji realizowanej przez AGTES S.A. stanowi około 10.000.000,00 złotych, natomiast prace realizowane przez Odwołującego na rzecz AGTES S.A. w ramach tej inwestycji to wartość około 4.000.000,00 zł. Wyjaśnił też, że złożone przez niego Zamawiającemu referencje potwierdzały wykonanie i odebranie przez Zamawiającego wskazanych tam instalacji i opłacenie w tym zakresie faktur, natomiast pomiędzy 15 maja, a 30 czerwca br. Odwołujący wykonywał jeszcze na rzecz AGTES S.A. prace integracyjne dotyczące działających systemów. Powyższe wyraźnie wskazuje, że roboty budowlane, których realizację na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przedstawił Odwołujący na dzień upływu terminu składania ofert, tj. na dzień 26 maja 2014 r., pozostawały w toku realizacji.

Na powyższe wskazuje przede wszystkim treść dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Wynika z niego, że na dzień 20 maja 2014 r. firma AGTES S.A. oświadcza, że konsorcjant Odwołującego realizuje określone zadanie inwestycyjne, w ramach którego przekazano i zafakturowano określoną wartość prac. Odwołujący

potwierdził powyższe, wskazując jednocześnie, że przywołana w referencjach wartość prac wykonanych już i zafakturowanych, to - co prawda - zasadnicza, ale jednak część robót realizowanych w ramach wskazanego zadania inwestycyjnego wykonywanego przez Odwołującego na rzecz firmy AGTES S.A.

Tymczasem w świetle obowiązujących regulacji prawnych dla wykazania się dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu właściwą wiedzą i doświadczeniem konieczne jest udowodnienie, że wykonawca zrealizował (wykonał) określone roboty budowlane. Za niewystarczające należy uznać, jeśli wykonawca powołuje się na określone roboty budowlane, która pozostają jeszcze w trakcie realizacji. Taka zasada obowiązuje zasadniczo w odniesieniu do wszystkich zamówień za jednym wyjątkiem, tj. świadczeń o charakterze okresowym (choć bardziej poprawne określenie według art. 34 ust. 1 ustawy Pzp to: „zamówienia *powtarzające się okresowo")* lub świadczeń ciągłych. Na powyższe wskazują przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdzie ustawodawca wskazując na żądane przez zamawiającego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, wskazał na wykaz robót budowlanych wykonanych a nie wykonywanych, w odróżnieniu od wykazu dostaw lub usług także z zasady wykonanych, a jako wyjątek od zasady - usług czy dostaw wykonywanych w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych. O ile zatem - jako wyjątek zasady - możliwym jest powoływanie się w ramach spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dostawami lub usługami będącymi w toku realizacji i to tylko w odniesieniu do wskazanego rodzaju dostaw czy usług, to w przypadku robót budowlanych wykonawca może posłużyć się wyłącznie robotami, które zostały w pełni wykonane (zrealizowane w ramach określonego kontraktu zawartego z podmiotem, który potwierdzi należyte wykonanie tychże robót).

Podobne zapisy znalazły się również w odniesieniu do wymaganych w opisie warunku robót budowlanych w postanowieniach SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem dwóch robót budowlanych. Użycie w opisie warunku w jednym miejscu literalnie sformułowania: „wykazania *realizacji robót …"* interpretowane przez Odwołującego w oderwaniu od kontekstu zdania, w którym owo sformowania zostało użyte, jak też bez kontekstu pozostałych sformułowań użytych przez Zamawiającego w całym opisie przywołanego warunku wiedzy i doświadczenia, jest zdaniem Izby nieuprawnione. Sformułowanie to bez wskazanego kontekstu także nie może być intepretowane jako wyjątkowe dopuszczenie możliwości wykazania się robotami będącymi w toku realizacji. „Realizacja *robót"* oznacza wykazanie się określoną realizacją, w trybie dokonanym, czyli wykonaniem robót, poprzez ich fizyczne ukończenie, a nie wykazaniem się robotami, które

tylko częściowo zostały wykonane. W takiej bowiem sytuacji, wykonania robót budowlanych – uwzględniając dyspozycję art. 647 Kodeksu cywilnego - mamy do czynienia ze szczególnego rodzaju świadczeniem, w którym istotne jest uzyskanie określnego efektu – oddanie przewidzianego w umowie obiektu. Powyższe w sposób oczywisty poprzedzone zostało wykonaniem szeregu prac, które samodzielnie, w oderwaniu od całości zadania, nie mają jednak znaczenia dla uzyskania wskazanego, końcowego efektu wykonania robót budowlanych. Umowa o roboty budowlane, a zatem ich wykonanie i możliwość powoływania się na ich wykonanie, ma w tym zakresie istotne podobieństwa do umowy o dzieło, na co zresztą wprost wskazuje art. 656 § 1 Kodeksu cywilnego.

Jak wskazano powyżej jedna z dwóch robót budowlanych wymagana opisem warunku wiedzy i doświadczenia w SIWZ w niniejszym postępowaniu, wykazana przez Odwołującego, nie została wykonana w pełni. Tym samym zatem należało stwierdzić, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, wymagającego od wykonawców

wykazania się dwoma robotami budowlanymi o charakterze teletechnicznym, obejmującymi wykonanie napłotowych systemów zabezpieczenia i podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą.

Rozpatrując wskazany zarzut odwołania Izba stwierdziła też, że nieuprawiona jest argumentacja Odwołującego co do interpretacji opisu warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający, wymagając odpowiedniej wiedzy i doświadczenia od wykonawców, odniósł ją do opisu przedmiotu zamówienia, precyzując jednocześnie co uzna za robotę budowalną odpowiadającą swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia. Wskazał tam określone rodzaje robót budowlanych, wymieniając je po kolei i oddzielając stosownym znakiem interpunkcyjnym (przecinek). Ostatnia z wymienionych w tym zestawie robót (CCTV), biorąc pod uwagę zasady poprawnej budowy zdania, została połączona z pozostałymi wymienionymi w tym zestawie spójnikiem „oraz", który w tym przypadku pełni funkcję łącznika. Powyższe oznacza, że każda z dwóch wymaganych przez Zamawiającego robót powinna zawierać w swoim zakresie każdą z wymienionych robót instalacyjnych, w tym wykonania napłotowego systemu zabezpieczenia. Aby poszerzyć w tym zakresie konkurencję Zamawiający dopuścił też, aby każda z wymienionych przez niego robót mogła być wykonana w oddzielnych zadaniach, dopuszczając zsumowanie robót i określając w tym zakresie minimalną wartość wykazywanej roboty budowlanej.

Zdaniem Izby nie sposób tłumaczyć w inny sposób wymagań Zamawiającego opisanych w Części V pkt 2 ppkt 2 lit. a) SIWZ niż jako konieczność wykazania się przez wykonawców każdą z wymienionych w zestawie prac robót w liczbie co najmniej dwóch dla każdej z tych prac. Nieuprawniona – zdaniem Izby – jest interpretacja Odwołującego jakoby wskazane zapisy SIWZ należało interpretować alternatywnie, jako możliwość wykazania się

jedną z określonej przez Odwołującego w treści odwołania kombinacją zadań, w których każda z kombinacji ujętych alternatywnie obejmowałaby wykonanie prac CCTV. Izba ocenia, że taka interpretacja opisu warunku jest nadużyciem Odwołującego zastosowanym jedynie na potrzeby złożonego odwołania. Treść SIWZ i wykładnia oświadczeń woli, jaką należy zastosować wobec przywołanych postanowień SIWZ, jak też zasady poprawności językowej, nie pozwalają na zastosowanie takiej wykładni przywołanego opisu warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie zastosował w tym przypadku spójnika alternatywy: „lub", lecz spójnika „oraz" pełniącego funkcję łącznika (koniunkcji) pomiędzy pracami wymienionymi pomiędzy tym spójnikiem, ale także łącznie z poprzedzającymi go wskazaniami pozostałych prac, oddzielonymi przecinkami.

Przywoływanie przez Odwołującego w tym zakresie odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 4 i 6 do treści SIWZ – w ocenie Izby – wyłącznie potwierdzają przywołaną powyżej argumentację. To, że Zamawiający nie potwierdził jedynie wykonawcom w odpowiedzi na pytanie nr 4 sposobu interpretacji spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wskazanego w treści zapytania, a przywołał opis warunku udziału z treści SIWZ, nie może wskazywać na zaprezentowany sposób interpretacji opisu warunku przedstawiony przez Odwołującego w treści odwołania. Warto w tym zakresie wskazać na pytanie nr 5 i udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na to pytanie, gdzie Zamawiający wskazał na to, że każda z wymienionych robót (gdzie w treści zapytania przywołane zostały wszystkie roboty ujęte w opisie warunku) może być przedstawiona w ramach oddzielnego zadania, przy określonych zastrzeżeniach co do wartości robót. Powyższe oznacza tylko, że roboty te mogą być wykazane oddzielnie, jak i razem, ale istotne jest, żeby w ogóle ich wykonanie było wykazane przez wykonawcę. Tym samym zatem, nawet przywoływane przez Odwołującego w odwołaniu, udzielone przez Zamawiającego, odpowiedzi na zapytania do treści SIWZ, nie potwierdzają argumentacji i sposobu interpretacji opisu warunku wiedzy i doświadczenia zaprezentowanych przez Odwołującego w treści odwołania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż wykonywanie systemów napłotowych zabezpieczenia jest równoważne metodzie wykonywania tych zabezpieczeń poprzez zakopanie kabla, stwierdzić należało, że aktualnie Odwołujący po upływie terminu składnia ofert *de facto* dokonuje próby opisania, w sposób odmienny niż zostało to przewidziane w treści SIWZ, treści warunku wiedzy i doświadczenia. W toku rozprawy zresztą Odwołujący wprost kwestionował wskazane zapisy SIWZ dotyczące wymogu napłotowego systemu zapieczeń jako nieuprawnione i stanowiące nadużycie Zamawiającego w opisie warunku. Taki sposób postępowania wykonawcy, na obecnym etapie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego (czynność badania i oceny ofert), należy uznać za spóźniony i tym samym niedopuszczalny. Zamawiający wprowadził wymóg wykazania się realizacją

konkretnego sposobu budowy sytemu zapieczeń – napłotowego, tym samym zatem inny sposób, w tym wskazywany przez Odwołującego, poprzez zakopanie kabla należy uznać za niespełniający opisu warunku, niezależnie od treści opinii eksperta przywołanej przez Odwołującego jako dowód w sprawie. Izba na tym etapie postępowania nie może dokonywać oceny zasadności, dopuszczalności i prawidłowości opisu przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Na tym etapie postępowania, uznając konieczność wykazania się przez wykonawców dwoma robotami budowlanymi – teletechnicznymi, obejmującymi także napłotowy system zabezpieczeń, Izba dokonuje tylko oceny prawidłowości czynności badania i oceny oferty wykonawcy, dokonanej przez Zamawiającego, w oparciu o literalny opis warunku SIWZ. Opisany w SIWZ sposób wykonania zabezpieczeń (napłotowy) różni się sposobem umieszczenia przewodów dotyczących tego systemu od metody wskazywanej przez Odwołującego (innego rodzaju technika, narzędzia, sposób wykonania), nawet jeśli ostateczny efekt funkcjonowania tego systemu jest podobny, czy nawet taki sam. Z tych też względów nie może on być uznany za taki sam i jako spełniający wymogi SIWZ.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp co do czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Izba nie rozpoznawała natomiast zarzutu nieuprawnionego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawą faktyczną unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego była okoliczność przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. to, iż jedyna ważna oferta w postępowaniu, która zostałaby uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, tj. oferta Przystępującego, przekraczałaby możliwości finansowe Zamawiającego. W tym zakresie w opisie zarzutu podniesionego w odwołaniu co do czynności unieważnienia postępowania, Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności, argumentów, ani nawet nie przedstawił stanowiska. Podstawą odwołania są zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego z postępowania, które Izba rozpoznała i uznała za niezasadne. Oczywistym jest, że ta czynność Zamawiającego oceniana przez Izbę – wykluczenie Odwołującego z postępowania – stała się w efekcie podstawą do czynności unieważnienia postępowania przez Zamawiającego. Nie była to jednak prosta konsekwencja czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, jak to miałoby przykładowo miejsce w przypadku unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyby czynność wykluczenia określonego wykonawcy z postępowania wprost skutkowała uznaniem, że Zamawiający nie ma ważnych ofert w postępowaniu i zmuszony jest do unieważnienia postępowania. W tym przypadku jednak

Zamawiający, dokonując czynności unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, musiał dokonać uzupełniającej oceny dodatkowych okoliczności zaistniałych w postępowaniu, a związanych z porównaniem: wartości oferty Przystępującego, kwoty na sfinansowanie zamówienia podanej na otwarciu ofert oraz oceny swoich możliwości finansowych. Te czynności Zamawiającego nie zostały jednak zaskarżone – Odwołujący w tym zakresie nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które stanowiłyby podstawę zarzutu. Tym samym Izba nie mogła dokonać oceny poprawności dokonania tej czynności przez Zamawiającego.

Ponadto należy zauważyć, że czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mieści się w zakresie zaskarżenia przewidzianym w przepisach ustawy Pzp dla zamówień poniżej wartości progów unijnych (wartość zamówienia mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), a konkretnie w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Wartość zamówienia, którego dotyczy złożone odwołanie, mieści się poniżej wartości progów unijnych, zatem zarzut odwołania nie znajdujący się w katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w zamówieniach poniżej progów unijnych na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 2

ustawy Pzp nie powinien być rozpoznawany przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł.

Przewodniczący: ……