

Sygn. akt: KIO 1464/13

WYROK
z dnia 9 lipca 2013

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013r. przez **wykonawcę**:

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013r. przez **wykonawcę**: AB Industry S.A. Poznańska 165; 05-850 Ożarów Mazowiecki 165; w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Teatr Muzyczny Roma w Warszawie; ul. Nowogrodzka 49; 00-695 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne badanie, oceną i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Teatr Muzyczny Roma w Warszawie; ul. Nowogrodzka 49; 00-695 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000. **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez AB Industry S.A. Poznańska 165; 05-850 Ożarów Mazowiecki 165; tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Teatr Muzyczny Roma w Warszawie; ul. Nowogrodzka 49; 00-695 Warszawa na rzecz AB Industry S.A. Poznańska 165; 05-850 Ożarów Mazowiecki

165; kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 17czerwca 2013r. pismem z dnia 17.06.2013r. wniesione zostało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art.180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm) zwanej dalej „ustawą”.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów: art.7 ust.1 ustawy w związku z art. 3 oraz art.15 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art.7 ust.1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego dochodzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu obecnie realizującego zadania będące przedmiotem zamówienia.

Odwołujący powołał się na interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ postępowanie zamawiającego naraża jego interesy na uszczerbek poprzez naruszenie zasad równości stron.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu równego traktowania ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podnosi, że zamawiający dokonał wyboru oferty niekorzystnej finansowo a wobec odwołującego nie stosuje ustalonych przez siebie warunków SIWZ, wykluczając odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy.

Odwołujący przywołał na poparcie swojego stanowiska dwa kontrakty to jest kontrakt z dnia 28.12.2011r. zawarty co prawda ze spółką PAMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ale na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi . Odwołujący jest w tym kontrakcie podwykonawcą a przedmiotem są usługi konserwacyjne i modernizacyjne takich urządzeń jak szafa automatyki i rozdzielnie MCC, pulpity sterownicze, trasy kablowe i okablowanie służące do sterowania sztankietów, mostów, zapadni, wciągarek. Z zawartej umowy wynika, że odwołujący jako podwykonawca świadczy usługi przez okres co najmniej jednego roku a następnie przez okres 60 miesięcy licząc od dnia odbioru końcowego – przeglądy i konserwacje urządzeń. Odwołujący jest wpisany na oficjalną listę podwykonawców, a rozliczenie odbywało się bezpośrednio inwestora z odwołującym. Kontrakt ten spełnia wymagania SIWZ opublikowane na stronie internetowej zamawiającego w dniu 15.05.2013r.

Drugi z wyspecyfikowanych kontraktów został zawarty w dniu 11.05.2012r. z PAMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Przedsiębiorstwem Budowlano-Montażowym Żak-Zib z siedzibą w Raszynie również na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi a dotyczy modernizacji i konserwacji urządzeń scenicznych mechaniki górnej i dolnej takich jak: sztankiety, mosty, zapadnie, wciągarki. Jak powyżej obowiązuje 60 miesięczna gwarancja oraz bezpośrednio rozliczanie z inwestorem.

Trzeci z wyspecyfikowanych kontraktów nie spełniał wymagań SIWZ, ponieważ widownia liczyła 404 miejsc, a nie jak wymaganych w SIWZ 500 miejsc na widowni.

Podsumowując uzasadnienie odwołania stwierdza odwołujący, że są to dwa odrębne zadania wykonywane co prawda w ramach generalnego wykonawstwa ale potwierdzone w tym do ich jakości przez inwestora Teatr Wielki w Łodzi.

Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2013r. wniósł o odrzucenie oraz o oddalenie odwołania.

Zamawiający zarzucił odwołującemu, iż wniósł odwołanie z innych przyczyn niż wskazanych w art. 180 ust.2 ustawy i z tej racji odwołanie powinno być odrzucone na podstawie art.189 ust.2 pkt 6 ustawy.

Ponadto odwołanie nie wskazuje od jakiej czynności zostało wniesione.

Zamawiający przywołał warunek SIWZ z pkt 5.3., na podstawie którego wykonawca miał wykazać się dwoma kontraktami na konserwację urządzeń scenicznych, które powinny mieć charakter świadczeń ciągłych i obejmować okres świadczenia usług minimum przez jeden rok w sposób stały. Przedmiotem usług konserwacyjnych powinny być w szczególności takie urządzenia jak: sztankiety, mosty, kurtyny i wciągarki.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił postępowanie wyjaśniające, które stało się przyczyną wykluczenia odwołującego z postępowania.

Na powyższe okoliczności zamawiający przywołał następującą korespondencję w wnioskiem o przeprowadzenie z niej dowodów i tak: Wykaz z oferty odwołującego, pismo przystępującego z dnia 23.05.2013r.; pismo zamawiającego z dnia 27.05.2013r.; pismo odwołującego z dnia 28.05.2013r.; pismo Teatru Wielkiego w Łodzi z dnia 20.06.2013r.; Listy referencyjne Teatru Wielkiego w Łodzi.

Zamawiający uważa, że doświadczenie wykazane przez odwołującego nie gwarantuje wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ w ust.3 następująco: przedmiotem zamówienia jest konserwacja instalacji elektrycznej i urządzeń scenicznych w Obiekcie Zamawiającego oraz opieka, nad sprzętem oświetleniowym, multimedialnym i nadzór nad jego eksploatacją. Osoby wyznaczone do pracy przez wykonawcę powinny posiadać znajomość urządzeń teatralnych, fachowego obchodzenia się tymi urządzeniami zgodnie z wytycznymi przepisów prawa, a w szczególności dotyczących bhp i p.poż. Wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego polegających na

dokonywaniu nadzoru, przeglądów konserwacyjnych, oraz serwisu w nagłych przypadkach urządzeń scenicznych oraz elektrycznych w siedzibie zamawiającego”.

Zamawiający podkreśla, że celem postępowania jest dokonanie wyboru wykwalifikowanego i rzetelnego wykonawcy.

Natomiast odwołujący nie realizował zamówienia na rzecz podmiotu publicznego jakim jest Teatr Wielki w Łodzi.

Pismem z dnia 4 lipca 2013r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie wnosząc o odrzucenie, ewentualnie oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł następujące zarzuty pod adresem odwołania; po pierwsze brak określenia czynności (zaniechania) zamawiającego wobec której wnoszone jest odwołanie; po drugie brak sformułowania zarzutów w sposób umożliwiający zbadanie czy do naruszenia jakichkolwiek przepisów prawa w ogóle doszło.

W ocenie przystępującego doszło do naruszenia art.22 ust.1 pkt 2 ustawy przez odwołującego poprzez wprowadzenie zamawiającego w błąd przez oświadczenie nieprawdy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz art.26 ust.2 b ustawy poprzez niewykazanie korzystania z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów.

W uzasadnieniu przedstawiono argumentację formalną i prawną przywołując postanowienia SIWZ, treść oferty odwołującego oraz przepisy ustawy wskazując w konsekwencji, że przedmiotem umów przywołanych przez odwołującego nie były usługi kompleksowej konserwacji urządzeń scenicznych i instalacji elektrycznej. Reasumując przystępujący stwierdza, że odwołujący wprowadził w błąd zamawiającego, naruszając tym art. 22 ust.1 ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15.05.2013r. pod poz. 190 156 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Przedmiotem postępowania jest Kompleksowa konserwacja instalacji elektrycznych i urządzeń scenicznych w teatrze muzycznym ROMA.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający szczegółowo opisał w Sekcji II Przedmiot zamówienia, czynności jakie będą wchodziły w zakres prac konserwacyjnych i jakich urządzeń będą dotyczyły.

Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to jest kwotę 688.775,40 złotych.

W dniu składania ofert to jest dnia 23.05.2013r. wpłynęły dwie oferty to jest oferta odwołującego na kwotę 576. 870,00zł. i oferta przystępującego po stronie zamawiającego to jest wykonawcy wybranego na kwotę 686. 340,00zł.

Odwołujący w związku z wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy wniósł odwołanie domagając się nakazania zamawiającemu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonej do akt sprawy przez zamawiającego oraz przedłożonej korespondencji w sprawie w poczet dowodów wskazanych przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba przeprowadzając postępowanie dowodowe na rozprawie ustaliła jak poniżej.

Izba przeprowadziła następujące dowody z dokumentów i dokonała na ich podstawie następujących ustaleń w sprawie:

1. pisma z dnia 23.05.2013r. od przystępującego do zamawiającego z wnioskiem o wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 2 i 3 ustawy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Z informacją, że Teatr Wybrzeże w Gdańsku posiada widownię posiadająca 404 miejsc, a nie wymaganych przez SIWZ 500 miejsc. Prace wykonane na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi wykonane zostały przez Konsorcjum: PAMAR Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe ŻAK-ZIB z terminem realizacji do 30 grudnia 2013r. tym samym nie może być mowy o wymaganej ciągłości w świadczeniu usług a poza tym dotyczyły prac modernizacji zaplecza technicznego sceny głównej a nie prac konserwacyjnych.
2. pisma z dnia 27.05. 2013r. od zamawiającego do odwołującego w trybie art. 26 ustęp 4 i art. 87 ustęp 1 ustawy o złożenie wyjaśnień odnośnie złożonej oferty poprzez odniesienie się do zarzutów zawartych w piśmie przystępującego. Czy umowa z Teatrem Wielkim w Łodzi na konserwację systemu automatyki sceny i urządzeń

mechanicznych sceny była podpisana bezpośrednio czy na zasadzie podwykonawstwa. Zamawiający żądał podania numeru umowy oraz dat zawarcia. Zamawiający żądał podania również ilości miejsc w Teatrze Wybrzeże. W pozostałym zakresie zamawiający żądał od odwołującego odniesienia się do zarzutów przystępujących zawartych w załączonym piśmie.

3. pisma z dnia 28.05.2013r. od odwołującego do zamawiającego, w którym odwołujący odpowiedział na wezwanie z dnia 27.05.2013r. wyjaśniając, że podpisał dwa oddzielne kontrakty na rzecz Konsorcjum: PAMAR Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe ŻAK-ZIB. Jedna umowa z dnia 28.12.2011r. o numerze 1/2011/TWŁ-Z/AB obejmowała urządzenia sceniczne w zakresie automatyki oraz druga zawarta dnia 11.05.2012r. o numerze 1/2012/TWŁ-Z/AB obejmowała urządzenia sceniczne w zakresie mechaniki. Pierwszy kontrakt był realizowany w sposób ciągły, obejmował modernizację oraz konserwację urządzeń scenicznych automatyki. Przedmiotem usług konserwacyjnych i modernizacyjnych były: szafy automatyki i rozdzielnie MCC, pulpity sterownicze, trasy kablowe i okablowanie służące do sterowania sztankietów, mostów, zapadni, wciągarek. Drugi z kontraktów był realizowany w sposób ciągły i obejmował modernizację i konserwację urządzeń mechaniki. Przedmiotem kontraktu była modernizacja oraz konserwacja urządzeń scenicznych mechaniki, a w szczególności: sztankietów, mostów, zapadni, wciągarek. Odwołujący oświadczył, że sala widowiskowa na widowni ma więcej niż 500 miejsc. Odwołujący oświadcza, że był wpisany jako oficjalny podwykonawca. Oba kontrakty obejmowały konserwację, modernizację, dostawę, wsparcie podczas spektakli - naprawę i serwis. Również oświadczył, że Teatr Wybrzeże ma 404 miejsc. Odwołujący oświadczył, że spełnia wymagania SIWZ z dnia 15.05.2013r. opublikowane na stronie internetowej zamawiającego.
4. pisma z dnia 20.06.2013r. Teatru Wielkiego w Łodzi do zamawiającego na temat modernizacji zaplecza technicznego sceny głównej Teatru Wielkiego w Łodzi. Teatr Wielki w Łodzi potwierdził, że odwołujący działał w ramach dwóch zawartych umów z generalnym wykonawcą. Umowa nr 1/2012 zawarta w dniu 11.05.2012r., której przedmiotem było kompleksowe wykonanie poprzez wymianę i częściową modernizację systemu mechaniki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi. Umowa nr 1/2011 zawarta w dniu 28.12.2013r.(powinno być 2011r.), której przedmiotem było kompleksowa dostawa, montaż i uruchomienie systemu automatyki na podstawie dokumentacji projektowej. Przedmiotem umów były również testy, uruchomienie systemu: wstępnych prób i rozruchów urządzeń wraz z regulacją oraz dostarczenie instrukcji obsługi, konserwacji i napraw, przeszkolenie kadry technicznej TW w Łodzi w zakresie systemu automatyki. Każda z umów obejmowała również dostawę

materiałów i urządzeń. Zakres robót obejmował takie urządzenia jak: sztankiety, mosty, soffity, zapadnie, wózki kieszeni bocznych, scena obrotowa i wciągarki. Pismo podpisał Z-ca Dyrektora ds. Inwestycyjnych teatru.

5. Listu referencyjnego wystawionego przez Teatr Wielki w Łodzi z dnia 05.02.2013r. potwierdza, że odwołujący wykonał pod klucz system technologii automatyki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi to jest wykonanie projektu wykonawczego mechaniki sceny oraz projektu wykonawczego automatyki i elektryki sceny, dostawę i montaż urządzeń mechanicznych sceny szczegółowo wymienionych takich jak między innymi: 15 wciągarek bobinowych, 14 sztankietów scenicznych, 2 soffity oświetleniowe, 2 mosty oświetleniowe horyzontalne, 9 zapadni scenicznych, 8 wózków bocznych, scena obrotowa (18 metrów średnicy), 1 dźwig dekoracyjny, 1 zapadnia samochodowa, liny, koła przewojowe, konstrukcje, kosze na maty, wzmocnienie konstrukcji oraz mocowania. Dostawa kompletnych szaf automatyki i rozdzielni MCC, dostawa enkoderów, dostawa kompletnych 9 stacji przenośnych, System bezpieczeństwa instalacji, testy instalacji, szkolenie operatorów, przekazanie dokumentacji powykonawczej i instrukcji obsługi. Jesteśmy w pełni zadowoleni ze współpracy z firmą AB Industry. Wykonane prace spełniły nasze oczekiwania. Pod względem jakościowym i wydajnościowym. Dzięki profesjonalizmowi i zaangażowaniu firma AB Industry zyskała u nas bardzo dobrą opinię, pozwalającą ją polecić jako sprawdzonego partnera. Podpisał Zastępca Dyrektora ds. Inwestycyjnych teatru.
6. SIWZ w zakresie warunku doświadczenia i wiedzy (pkt 5.3 i 6 b)). Za spełniających warunki udziału w postępowaniu zamawiający uzna wykonawców, którzy wykażą, iż w ciągu ostatnich trzech lat należycie zrealizowali lub realizują(w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych): dwa kontrakty obejmujące konserwację urządzeń scenicznych, przy czym każdy z kontraktów powinien mieć charakter świadczeń ciągłych i obejmujący okres świadczenia usług minimum 1 rok, w sposób stały. Przedmiotem usług konserwacyjnych powinny być urządzenia takie jak: sztankiety, mosty, kurtyny i wciągarki. Wykonawca powinien przedstawić Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi lub dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały lub są wykonywane należycie- według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ.
7. Wykaz wykonanych, wykonywanych dostaw lub usług według wzoru nr 5 do SIWZ (str 28 oferty), referencja (list referencyjny Teatru Wielkiego w Łodzi z 5 lutego 2013r. opisane powyżej). Z Wykazu wynika, że odwołujący wykonał dwa kontrakty, obydw

na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi w latach 2011/2012 polegające na konserwacji urządzeń mechanicznych sceny (na wartość 4.941.300 zł.) oraz konserwacja systemu automatyki sceny (na wartość 3.044.250 zł.).

8. pisma zamawiającego z 12 czerwca 2013r. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu odwołującego z postępowania. Oferta odwołującego została wykluczona z postępowania z uwagi na art.24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy. Zamawiający w tym piśmie przedstawił stan faktyczny i prawny sprawy to jest postanowienia SIWZ w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia (zacytowane powyżej) oraz zawiadomienie wykonawcy wybranego to jest przystępującego w sprawie o poświadczeniu nieprawdy przez odwołującego (pismo z dnia 23.05.2013r. opisane powyżej), pismo zamawiającego wzywające do złożenia wyjaśnień przez odwołującego (pismo z dnia 27.05.2013r.) oraz wyjaśnienia i oświadczenia odwołującego na wezwanie zamawiającego (pismo z dnia 28.05.2013r. opisane powyżej). Na podstawie tak przedstawionych ustaleń faktycznych i prawnych w sprawie zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, ponieważ odwołujący w ocenie zamawiającego podał w ofercie nieprawdę, podając innych odbiorców co później sam potwierdził. Ponadto ponownie wyjaśniając treść złożonej oferty w zakresie doświadczenia znowu potwierdził nieprawdę. Okres świadczenia jako podwykonawcy nie miał charakteru ciągłego i nie obejmował minimum jednego roku. Powyższe odnosi się do kontraktu zawartego w dniu 11.05.2012r. Poza tym kontrakty dotyczą jedynie podwykonawstwa w zakresie opracowania projektu, dostawy i montażu oraz przeprowadzenia szkoleń. Z dokumentu wystawionego. Według zamawiającego, odwołujący podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu.
9. Opinii (brak daty) potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez odwołującego w dniu 05.07.2013r. i Listu referencyjnego Teatru Wielkiego w Łodzi z dnia 31.05.2013r., przedłożone na rozprawie, które dotyczą wykonywanych robót (Umowa nr 1/2012/TWŁ-Z/AB i Umowa nr 1/2011/TWŁ-Z/AB). Zakres tych umów przedstawiono powyżej w pkt 3. Odwołujący wskazał, że jest to opinia jaką uzyskał w m-cu czerwcu 2013r. i składa powyższe na potwierdzenie zakresu kontraktów, dotyczy listów referencyjnych i pozycji 2 i 3 Wykazu oferty odwołującego. Opinia i List referencyjny zostały podpisane przez Z- cę Dyrektora ds. Inwestycyjnych teatru.
10. Ośmiu (8) sztuk protokołów (za okresy obejmujące prace konserwacyjno-modernizacyjne od lutego 2012r. do maja 2013r.) z Teatru Wielkiego w Łodzi dotyczących dwóch usług to jest części branży elektrycznej i AKPiA (Aparatura Kontrolno Pomiarowa i Automatyka) oraz branży mechanicznej na dowód, że prace były wykonywane w sposób ciągły i dotyczą m.in. usługi konserwacji i trwały przez okres minimum 1 roku. Protokoły te dotyczą usług z Wykazu czyli

odrębnie robót mechanicznych sceny oraz automatyki sceny czyli branży elektrycznej i AKPiA.

11. Umowy nr 1/2012/TWŁ-Z/AB z dnia 11.05.2012r. pomiędzy PAMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PB-M ŻAK-ZIB W..... Ż..... z siedzibą w Raszynie a odwołującym, której przedmiotem jest kompleksowe wykonanie przez wymianę i częściową modernizację systemu mechaniki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi i Umowa nr 1/2011/TWŁ-Z/AB z dnia 28.12.2011r. której przedmiotem jest kompleksowa dostawa, montaż i uruchomienie systemu automatyki na podstawie dokumentacji projektowej ta umowa została zawarta pomiędzy odwołującym a pomiędzy PAMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Dodatkowo na rozprawie przedłożono porozumienie z 29 czerwca 2012r. w Łodzi pomiędzy Teatrem Wielkim w Łodzi jako investorem, a konsorcjum PAMAR Sp. z o.o. w Warszawie i W..... Ż..... jako zamawiającym oraz odwołującym jako trzecią stroną porozumienia to jest dostawcą, w wyniku którego inwestor (Teatr Wielki w Łodzi) będzie płacił bezpośrednio dostawcy na podstawie faktur VAT (odwołującemu).
12. Ogłoszenie o zamówieniu w Dz.Urz.U.E. z dnia 08.06.2011 poz.2011/S 109-179863 wraz z projektem umowy Nr IP /PN/21/2011 w okresie od dnia 30 grudnia 2011r. do dnia 30 grudnia 2012r. na Modernizację zaplecza technicznego sceny głównej Teatru Wielkiego w Łodzi polegającej na zaprojektowaniu i modernizacji zaplecza technicznego sceny głównej w systemie zaprojektuj i wybuduj.

Na rozprawie odwołujący i zamawiający złożyli wyjaśnienia a w szczególności.

Odwołujący na rozprawie stwierdza, że zawarł dwa kontrakty z Teatrem Wielkim w Łodzi, które trwały od końca grudnia 2011r. do końca grudnia 2012r. Wówczas teatr był nieczynny, ponieważ na wielkiej scenie, trwały prace remontowe. Wykonywał dwa kontrakty, jeden pomiędzy odwołującym a firmą PAMAR (dotyczyło to automatyki). Druga umowa odwołujący z konsorcjum PAMAR, Żak (dotyczyło to części mechanicznej). Wykonawcy ci wykonywali umowę na rzecz teatru, odwołujący był ich podwykonawcą. Obydwie umowy objęte były porozumieniem trójstronnym, odwołujący występował tam jako dostawca. Przedłożył na rozprawie w poczet dowodu trzy umowy, opisane powyżej. Po wykonaniu tych umów odwołujący pracował w Teatrze w Łodzi jako firma obsługująca spektakle teatralne. Był to okres od stycznia 2013r. do czerwca 2013r. Od stycznia do czerwca 2013r. odwołujący nie posiada umów, ale były one konsekwencją wykonanych wcześniej dostaw i usług, przy czym dowodem na obsługiwaniu spektakli są przedłożone protokoły. Odwołujący pracował do 13 czerwca 2013r., przy czym protokoły przedłożone opiewają do 15 maja 2013r. W okresie od grudnia 2011r. do grudnia 2012r. odwołujący wymieniał zużyte elementy mechaniczne i

elektryczne w obszarze sceny, zaplecza technicznego, sterowni, rozdzielni, maszynowni. Firma PAMAR i konsorcjum PAMAR, Żak zajmowały się robotami budowlanymi, ponieważ nie wykonują robót specjalistycznych jak odwołujący.

Po okazaniu umów zamawiającemu na rozprawie. Zamawiający wskazuje, że po zapoznaniu się z treścią umów stwierdza, że nie są przedmiotowo zbieżne z zakresem zamówienia oraz wymaganym doświadczeniem. Brak jest tam elementów konserwacji. Stwierdza, że przedmiot tych umów nie dotyczy oczekiwanego przez zamawiającego doświadczenia, to jest w zakresie konserwacji. Nadmienia że wynika to przede wszystkim z pisma przekazanego przez Teatr Wielki w Łodzi (pismo dołączone do odpowiedzi na odwołanie).

W związku z powyższym na rozprawie odwołujący wyjaśniał jak poniżej: wskazuje, że w okresie kiedy był podwykonawcą to dostarczał, wymieniał urządzenia wyeksploatowane takie jak koła przewojowe (koła po których przetaczana jest lina), liny, silniki (producent Siemens). Odwołujący miał za zadanie naprawić, zmodernizować, zamienić na nowe. Odwołujący podchodził do poszczególnych maszyn, wykonywał ekspertyzy gdzie stwierdzał co trzeba naprawić, wymienić. Jeżeli np. w danej maszynie należało wymienić silnik, według diagnozy technicznej, to był on wymontowywany, zakupywany był nowy i montowany oraz uruchamiany wraz z regulacją. Przy przygotowywaniu spektakli odwołujący musiał sprawdzić funkcjonowanie silników.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału potwierdziły się zarzuty odwołującego co do bezpodstawnego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy.

Odwołujący nie złożył nieprawdziwych informacji w rozumieniu art.24 ust. 2 pkt 3 ustawy to jest mogących mieć lub mających wpływ na wynik postępowania. Po pierwsze w żadnym z dokumentów przy złożeniu oferty odwołujący nie oświadczył, że w Teatrze Wybrzeże widownia posiada co najmniej 500 miejsc na widowni. Kwestia ta pozostała do wyjaśnienia wskutek zawiadomienia przystępującego. Odwołujący na wezwanie zamawiającego przyznał, że widownia w Teatrze Wybrzeże zawiera 404 miejsca na widowni. Czyli nie tyle ile wymagał zamawiający to jest 500 miejsc na widowni. Tym samym odwołujący bezpodstawnie podał doświadczenie jakie uzyskał w Teatrze Wybrzeże do doświadczenia wymaganego przez

zamawiającego. Niemniej można postawić odwołującemu co najwyżej zarzut poświadczenia nieprawdy ale pośrednio a nie wprost, ponieważ w Wykazie odwołujący podał informacje, którym nie można zarzucić poświadczenia nieprawdy. Są tam takie informacje jak wartość brutto zamówienia, przedmiot, data wykonania i podmiot na rzecz którego zamówienie było wykonywane. Natomiast wymóg określonej wielkości miejsc na widowni wynika z postanowień SIWZ, a nie z formularza Wykazu (w formularz nie wpisuje się wielkości miejsc na widowni). Poza tym nawet gdyby uznać, że odwołujący podał nieprawdziwą informację wpisując Teatr Wybrzeże w Gdańsku do Wykazu to ta okoliczność nie ma ona wpływu na wynik postępowania. Bowiem odwołujący składając wyjaśnienie w dniu 28 maja 2013r. podtrzymał przedstawione w Wykazie w pozycjach 2 i 3 doświadczenie a odnoszące się do Teatru Wielkiego w Łodzi, czym spełnia wymóg SIWZ posiadania dwóch kontraktów. Tak więc nie spełniła się dyspozycja przepisu zawarta w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Okoliczności dla których zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania odnoszą się także do doświadczeń zawodowych odwołującego uzyskanych w Teatrze Wielkim w Łodzi.

Po pierwsze zamawiający uznał, że nie można zaliczyć doświadczenia odwołującego z tej racji, że jest ono uzyskane w podwykonawstwie, a nie w wykonawstwie i nie na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi tylko na rzecz spółki PAMAR sp. z o.o. i firmy W..... Ż..... będących w statusie generalnego wykonawcy. Takie rozumowanie zamawiającego jest nieuprawnione chociażby z tej racji, że Inwestor to jest Teatr Wielki w Łodzi potwierdził doświadczenie odwołującego wystawiając referencje przed złożeniem oferty, jak i po złożeniu oferty, a także odpowiadając na pytania zamawiającego.

Ponadto teoretycznie jest również dopuszczalne potwierdzenie należytego wykonania bezpośrednio przez generalnego wykonawcę, ponieważ żaden przepis ustawy jak i postanowienia SIWZ temu się nie sprzeciwiają.

Reasumując podmiot składający ofertę w zamówieniach publicznych może się wykazać doświadczeniem niekoniecznie na rzecz podmiotu publicznego.

Tak więc żadną przeszkodą do zaliczenia doświadczenia zawodowego odwołującego nie jest okoliczność zdobycia doświadczenia w ramach podwykonawstwa.

Po drugie zamawiający kwestionuje charakter doświadczenia odwołującego jako nie odpowiadający postanowieniom SIWZ z racji postawionego wymogu uzyskania doświadczenia w konserwacji urządzeń scenicznych. Natomiast przedstawione dokumenty w poczet dowodów zarówno przez odwołującego jak i zamawiającego wskazują na to, że odwołujący wykazał doświadczenie w urządzeniach scenicznych zarówno w automatyce jak i mechanice tych urządzeń naprawiając je, modernizując je czy też wymieniając urządzenia

na nowe i montując je oraz uruchamiając i dostarczając zamawiającemu dokumentację wykonawczą w tym Instrukcje obsługi oraz konserwacji i na koniec jeszcze szkółąc kadrę techniczną Teatru Wielkiego w Łodzi.

Natomiast zamawiający nie oczekuje ani nie wymaga takiego doświadczenia tylko wymaga doświadczenia w zakresie konserwacji.

W związku z tym wykonawca odwołujący w uzupełnieniu przedstawionych dokumentów wskazuje na bieżące w trakcie realizacji wskazanych umów (Umowy nr 1/2012/TWŁ-Z/AB z dnia 11.05.2012r. pomiędzy PAMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PB-M ŻAK-ZIB W..... Ż..... z siedzibą w Raszynie a odwołującym, której przedmiotem jest kompleksowe wykonanie przez wymianę i częściową modernizację systemu mechaniki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi i Umowa nr 1/2011/TWŁ-Z/AB z dnia 28.12.2011r. której przedmiotem jest kompleksowa dostawa, montaż i uruchomienie systemu automatyki na podstawie dokumentacji projektowej ta umowa została zawarta pomiędzy odwołującym a pomiędzy PAMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) czynności konserwacyjne urządzeń scenicznych, a także po ich uruchomieniu w okresie do pierwszej połowy 2013r. (za okresy obejmujące prace konserwacyjno-modernizacyjne od lutego 2012r. do maja 2013r.).

W ocenie Izby odwołujący przedstawiając dowody wystawione przez podmiot trzeci to jest Teatr Wielki w Łodzi wykazał doświadczenie w stopniu wyższym niż doświadczenie wymagane prowadzące się do konserwacji urządzeń scenicznych, ponieważ z przedstawionych dokumentów wynika, że odwołujący posiada doświadczenie w zakresie oceny technicznej urządzeń co do ich naprawy czy wymiany, przeprowadzania napraw, modernizacji poprzez wymianę części starych na nowe jak i ich uruchamiania po naprawie czy modernizacji oraz szkolenia pracowników technicznych w zakresie ich obsługi.

Zakres tych umiejętności i wiedzy odwołujący potwierdził przedstawiając stosowne dokumenty (powyżej opisane umowy i opinie oraz referencje prac wykonywanych na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi) czemu zamawiający nie zaprzeczył na rozprawie.

Natomiast w ocenie zamawiającego umowy te nie dotyczyły wprost konserwacji i umowa na automatykę nie trwała co najmniej jeden rok i czynności nie były wykonywane ciągle.

Na podstawie złożonych dokumentów w sprawie i wyjaśnień odwołującego na rozprawie, kwalifikacje odwołującego w zakresie automatyki i mechaniki urządzeń scenicznych odpowiadają również kwalifikacjom wymaganych do czynności konserwacyjnych urządzeń scenicznych a nawet są wyższe niż wymagane przez zamawiającego.

Co do zarzutu nie spełnienia wymogu minimum jednego roku doświadczenia w czynnościach konserwacyjnych automatyki urządzeń scenicznych to odwołujący przedkładając protokoły czynności konserwacyjno-modernizacyjnych Teatru Wielkiego w Łodzi wykazał doświadczenie za okres od maja 2012r. do maja 2013 roku, przedkładając w poczet dowodów opisane powyżej protokoły. Ponadto na rozprawie Prezes Zarządu odwołującego

oświadczył, że czynności te były wykonywane do miesiąca czerwca 2013r. i były konsekwencją wykonanych wcześniej dostaw i usług, przy czym przedłożone na rozprawie protokoły opiewają do 15 maja 2013r.

Natomiast zamawiający nie zdefiniował w SIWZ wprost co rozumie przez ciągłość wykonywanych czynności (np.: czy codziennie, czy co tydzień, czy według potrzeby i.t.d.). Z kolei odwołujący przedstawił umowy oraz protokoły wskazujące, że czynności wykonywał w okresie wymaganego jednego roku, ponieważ taki był termin wykonania umowy oraz wykonywał czynności po uruchomieniu urządzeń scenicznych w związku z udzieloną gwarancją (protokoły za okresy obejmujące prace konserwacyjno-modernizacyjne od lutego 2012r. do maja 2013r. z Teatru Wielkiego w Łodzi dotyczące dwóch usług to jest części branży elektrycznej i AKPiA -Aparatura Kontrolno Pomiarowa i Automatyka oraz branży mechanicznej na dowód, że prace były wykonywane w sposób ciągły i dotyczą m.in. usługi konserwacji i trwały przez okres minimum 1 roku. Protokoły te dotyczą usług z Wykazu czyli odrębnie robót mechanicznych sceny oraz automatyki sceny czyli branży elektrycznej i AKPiA).

Reasumując nie potwierdziły się okoliczności podnoszone przez zamawiającego, że odwołujący nie posiada doświadczenia w zakresie konserwacji urządzeń scenicznych co do ich automatyki i mechaniki oraz nie były wykonywane przez okres jednego roku oraz w sposób ciągły. Tym samym wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy zgodnie z którym zamawiający wyklucza wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, było nieuzasadnione.

Dla rozstrzygnięcia sprawy w świetle powyższych ustaleń Izby nie ma znaczenia pismo przesłane drogą faksową przez pełnomocnika przystępującego w dniu 08.07.2013r. po zamknięciu rozprawy a przed ogłoszeniem wyroku.

Przesłane pismo zostało wystawione przez Teatr Wielki w Łodzi i podpisane jak poprzednie pisma, opinie, referencje przez tę samą osobę pełniącą funkcję Zastępcy Dyrektora ds. Inwestycyjnych.

Z treści pisma wynika, że odwołujący bezpośrednio jak i za pośrednictwem spółki PAMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak i za pośrednictwem firmy W..... Ż..... z siedzibą w Raszynie nie miał „zawartej umowy o świadczenie usług konserwacji urządzeń technicznych”. Natomiast w piśmie tym potwierdza się okoliczność wykonywania prac w zakresie mechaniki górnej, mechaniki dolnej oraz systemie sterowania i automatyki w ramach zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja zaplecza technicznego sceny głównej Teatru Wielkiego w Łodzi polegająca na zaprojektowaniu i modernizacji zaplecza technicznego sceny głównej w systemie zaprojektuj i wybuduj na podstawie opisu

przedmiotu zamówienia w postaci programu funkcjonalno-użytkowego w okresie czerwiec2012-luty 2013r.

Przedstawiony dokument nie ma znaczenia w sprawie, ponieważ doświadczenie i wiedza odwołującego jako podwykonawcy zdobyta w trakcie realizacji zamówienia na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi merytorycznie jest nieporównywalna z wymaganą wiedzą przez zamawiającego odnoszącą się do konserwacji urządzeń scenicznych.

Podsumowując powyższe ustalenia w sprawie orzeczono jak w sentencji wyroku, uwzględniając odwołanie na podstawie art. 192 ust.2 ustawy, ponieważ stwierdzone naruszenie art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy ma wpływ na wynik postępowania z uwagi na to, że odwołujący złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę przy obowiązującym kryterium oceny ofert 100 procent cena.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 pkt 1) i 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać na rzecz odwołującego koszty poniesionego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: