

Sygn. akt: KIO 413/14

WYROK
z dnia 17 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2014 r. przez wykonawcę **G..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. TELSAT G..... K..... z siedzibą w Gryficach, ul. Jana Dąbrowskiego 1A, 72-300 Gryfice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Koszalin, ul. Rynek Staromiejski 6-7, 75-007 Koszalin**

przy udziale wykonawcy **PKP Informatyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 140, 02-305 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 413/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę G..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. TELSAT G..... K..... z siedzibą w Gryficach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. TELSAT G..... K..... z siedzibą w Gryficach, ul. Jana Dąbrowskiego 1A, 72-300 Gryfice** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Miasto Koszalin, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę Inteligentnego Systemu Transportowego w Koszalinie w ramach inwestycji „Budowa Inteligentnego Systemu Transportowego w Koszalinie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 października 2013 r., nr 2013/S 197-340226.

W dniu 21 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę G..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. TELSAT G..... K..... z siedzibą w Gryficach, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu odwołania zamawiający podniósł m.in., iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów monitoringu wizyjnego (wymaganie 2.1.3. SIWZ), gdyż żadna z pięciu dostaw wskazanych w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunku Zamawiającego dotyczącego posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów monitoringu wizyjnego nie spełnia wymagań zamawiającego.

W dniu 3 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 3 marca 2014 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

1. czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PKP Informatyka Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „PKP Informatyka”, jako najkorzystniejszej oferty
2. czynności badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego
3. czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą
4. zaniechania czynności wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia

5. zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego dla wykluczenia odwołującego z postępowania
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, mimo że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wykazał spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PKP Informatyka jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty
4. ponadto, z ostrożności, czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PKP Informatyka jako najkorzystniejszej oferty
2. unieważnił czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą
3. dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert
4. dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.
5. ponadto, z ostrożności i na wypadek uwzględnienia odwołania, w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu, aby wezwał odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.

dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Oдноśnie zarzutu pierwszego, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż uważa, że w Wykazie wykonanych dostaw i robót budowlanych wykazał, iż spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności w zakresie systemów monitoringu wizyjnego (wymaganie z pkt 2.1.3 SIWZ). W ocenie odwołującego, co najmniej dwie spośród pięciu dostaw wskazanych przez niego w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy doświadczenia w zakresie systemów monitoringu wizyjnego, spełniają wszystkie wymagania zamawiającego. Dostawami tymi są:

- a) dostawa wykonana dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Gdańsku, opisana w poz. 3 Wykazu,
- b) dostawa wykonana dla Gminy Wrocław, Wydział Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego, opisana w poz. 4 Wykazu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wyjaśnił, z czego konkretnie, tj. z jakich stwierdzeń zawartych odpowiednio w dołączonych referencjach i Protokole końcowego odbioru robót rzekomo wynika, iż ww. dostawy nie obejmowały swoim zakresem projektowania systemu monitoringu wizyjnego. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 3, jak i przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający, wykluczając wykonawcę z postępowania, winien go o tym zawiadomić, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. O ile zgodzić się można, że zamawiający podał uzasadnienie prawne dla wykluczenia odwołującego, o tyle uzasadnienie faktyczne podane przez zamawiającego jest tak zdawkowe, że zmusza odwołującego do zgadywania jakie konkretnie okoliczności skłoniły zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania. Z tego też względu - braku jakiegokolwiek uzasadnienia dla stwierdzeń zamawiającego - odwołujący nie jest w stanie odnieść się do nich szerzej w odwołaniu.

Podniósł także, iż niedopuszczalnym jest „uzupełnienie” przez zamawiającego wskazanych powyżej braków uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania poprzez wskazanie ich w odpowiedzi na odwołanie czy w trakcie rozprawy przez Krajową Izbą Odwoławczą. Wszystkie informacje w tym zakresie winny zostać podane przez zamawiającego w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego.

Odwołujący podniósł także, że ani z dołączonych do Wykazu referencji, ani z Protokołu końcowego odbioru robót nie wynika, iż dostawy opisane w poz. 3 i 4 Wykazu nie obejmowały swoim zakresem projektowania systemu monitoringu wizyjnego. Nie ma zatem żadnej sprzeczności pomiędzy treścią Wykazu a treścią dokumentów załączonych do Wykazu, zamawiający zresztą w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego w żaden sposób

nie wykazał, że sprzeczność taka istnieje. Odwołujący podniósł zatem za Wykazem, że w przypadku dostawy opisanej w poz. 3 Wykazu, aby zrealizować zamówienie na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Gdańsku, odwołujący zaprojektował kompletny system monitoringu z uwzględnieniem lokalizacji i uwarunkowań wskazanych przez inwestora (dokonano wyboru kamer, serwera, systemu łączności kamer z serwerem, przesyłu danych do docelowego odbiorcy, stron internetowych na których wyświetlają się dane z kamer i zaprojektowano system łączący wszystkie elementy). Natomiast w przypadku dostawy opisanej w poz. 4 Wykazu wykonane przez odwołującego prace projektowe obejmowały zaprojektowanie systemu w zakresie koniecznych zmian wynikłych na etapie realizacji inwestycji dotyczących zmian urządzeń i ich lokalizacji jak również wykonanie projektu informatycznego. W toku realizacji dostawy opisanej w poz. 4 Wykazu wykonał szeroki zakres prac projektowych w różnych obszarach, bez wątpienia łącznie obejmujących wymagane w SIWZ zaprojektowanie systemu monitoringu wizyjnego. Powyższym informacjom w żaden sposób nie zaprzeczają załączone do Wykazu dokumenty, w szczególności nie wynika z nich, że dostawy opisane w poz. 3 i 4 Wykazu nie obejmowały swoim zakresem projektowania systemu monitoringu wizyjnego. Faktem jest natomiast, że załączone do Wykazu dokumenty nie stwierdzają dosłownie, iż odwołujący zaprojektował system monitoringu wizyjnego. Dlatego też odwołujący przypuszcza, że rzeczywistą podstawą zanegowania jego doświadczenia przez Zamawiającego jest niewyrażone w SIWZ oczekiwanie zamawiającego, iż dokumenty załączone do Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych będą literalnie w swojej treści stwierdzać zaprojektowanie oraz dostawę wraz z montażem i uruchomieniem systemu monitoringu wizyjnego ulic obejmującego minimum 10 kamer, czyli potwierdzać wszystkie informacje podane w Wykazie. Jeżeli faktycznie to właśnie było podstawą decyzji zamawiającego, to bez wątpienia uznać ją należy za wadliwą i sprzeczną z obowiązującymi przepisami. W ocenie Odwołującego dokumenty załączane do wykazu wykonanych dostaw lub usług mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie dostaw wskazanych i dokładnie opisanych w wykazie. Wynika to z literalnego brzmienia obowiązujących przepisów. Zatem wymaganie, aby dokumenty załączane do wykazu zawierały czy potwierdzały jakiegokolwiek inne informacje podane w wykazie, uznać należy za naruszenie przepisów. Bezprawne jest tym samym oczekiwanie, aby przedłożone przez odwołującego dokumenty podawały w swojej treści szczegółowo i dokładnie co było przedmiotem dostaw i potwierdzały informacje podane w tym zakresie w Wykazie wykonanych dostaw i robót budowlanych.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PKP Informatyka jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, odwołujący podniósł, iż nie było żadnych

podstaw ani do wykluczenia Odwołującego z postępowania, ani do uznania jego oferty za odrzuconą. Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę odwołującego, która po wykluczeniu wykonawcy ALUMBRADOS VIARIOS SOCIEDAD ANONIMA z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, jest ofertą z najniższą ceną spośród ofert, które nie podlegały odrzuceniu, a zatem niewątpliwie najkorzystniejszą ofertą.

Odnosnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż w jego ocenie, z przedłożonego przez niego Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych oraz dokumentów załączonych do Wykazu jednoznacznie wynika, że wszystkie wymagania postawione przez zamawiającego w SIWZ zostały przed niego spełnione. Jeżeli jednak zamawiający, mimo jednoznacznych oświadczeń odwołującego w tym zakresie zawartych w Wykazie, miał wątpliwości, czy dostawy opisane w Wykazie faktycznie obejmowały wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy, to powyższe wątpliwości nie mogły stanowić podstawy do zanegowania doświadczenia odwołującego i wykluczenia go z postępowania. Zamawiający, mając takie wątpliwości, mógł i powinien zastosować art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tj. zwrócić się do odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, co do przedłożonych przez odwołującego dokumentów.

W dniu 5 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawcę PKP Informatyka do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 7 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PKP Informatyka przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego dla wykluczenia odwołującego z postępowania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający pismem z dnia 21 lutego 2014 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu odwołania zamawiający podniósł m.in., iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów monitoringu wizyjnego (wymaganie 2.1.3. SIWZ). W przedłożonym na wezwanie do uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „Wykazie wykonanych dostaw i robót budowlanych” wykonawca nie wykazał, że zrealizował co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na zaprojektowaniu oraz dostawie wraz z montażem i uruchomieniem systemu monitoringu wizyjnego ulic obejmującego minimum 10 kamer. Żadna z pięciu dostaw wskazanych w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku zamawiającego dotyczącego posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów monitoringu wizyjnego nie spełnia wymagań zamawiającego, ponieważ:

1. Pierwsza z nich została zrealizowana (zakończona) 14.12.2009 r., czyli wcześniej niż w wymaganym przez Zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (19.11.2013 r.);
2. Druga nie obejmowała swoim zakresem prac projektowych, co wynika zarówno z informacji w „Wykazie wykonanych dostaw i robót budowlanych”, jak i dołączonych referencji;
3. Trzecia nie obejmowała swoim zakresem projektowania systemu monitoringu wizyjnego co wynika z dołączonych referencji;
4. Czwarta swoim zakresem nie obejmowała projektowania systemu monitoringu wizyjnego. Polegała na budowie monitoringu, dla którego był już gotowy projekt, co wynika z Protokołu końcowego odbioru robót;
5. Piąta polegała na wykonaniu prac projektowych, dostawie, montażu i uruchomieniu systemu monitoringu wizyjnego miasta, ale obejmowała tylko 4 kamery CCTV, a nie jak wymagał Zamawiający minimum 10.

Odwołujący podniósł m.in. we wniesionym odwołaniu, że powyższe uzasadnienie jest zdawkowe, gdyż zamawiający nie wyjaśnił, z jakich stwierdzeń zawartych odpowiednio w dołączonych referencjach i Protokole końcowego odbioru robót rzekomo wynika, iż ww. dostawy nie obejmowały swoim zakresem projektowania systemu monitoringu wizyjnego.

Tym samym uniemożliwia to odwołującemu kwestionowanie decyzji zamawiającego poprzez wniesienie środków ochrony prawnej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę; (...). Powyższy przepis nie określa, jak szczegółowe powinno być uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego, jednak nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy czy wykluczeniu go z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej, zatem treść zawiadomienia winna wskazywać przyczyny decyzji zamawiającego. Tak więc to na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego podejmowanych w toku postępowania decyzji w taki sposób, aby wykonawcy mieli pełną wiedzę na temat ich przyczyn. Wykonawca nie powinien domniemywać, na czym polegają stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości w złożonych przez niego dokumentach.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż zamawiający podał w treści zawiadomienia, jak była przyczyna wykluczenia odwołującego z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty. W treści zawiadomienia jednoznacznie bowiem wskazał, iż wykonawca ten nie wykazał posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów monitoringu wizyjnego, odwołując się do treści tego warunku i wskazując konkretne postanowienia SIWZ, tj. „wymaganie 2.1.3 SIWZ”. Zamawiający podał także powody, dla których uznał, iż żadna z pięciu dostaw wyspecyfikowanych w złożonym przez odwołującego „Wykazie dostaw i robót budowlanych” nie spełnia tych wymagań (wymagań określonych w punkcie 2.1.3 SIWZ). Stanowisko zamawiającego zostało więc wyrażone w sposób jasny i czytelny, umożliwiając wykonawcy odniesienie się do konkretnych przyczyn wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykonawca był więc w stanie ustalić na podstawie zawiadomienia, dlaczego wskazane dostawy referencyjne nie zostały przez zamawiającego uznane jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Przykładowo w odniesieniu do pozycji 3 wskazał, iż dostawa „nie obejmowała swoim zakresem projektowania systemu monitoringu wizyjnego co wynika z dołączonych referencji”. Z treści tej informacji wynikało więc jaka była przyczyna nieuznania spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do właśnie pozycji. A ponadto dostawy wyspecyfikowane w kwestionowanym wykazie, jak i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa, co niewątpliwie – jak słusznie podniósł przystępujący - determinowało treść uzasadnienia faktycznego zawiadomienia o wykluczeniu

wykonawcy z postępowania. Niemniej jednak – w ocenie Izby – takie uzasadnienie jakie było zawarte w treści zawiadomienia nie było, wbrew twierdzeniom odwołującego, zdawkowe i nie uniemożliwiało wykonawcy (odwołującemu) skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, mimo że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia legitymowali się doświadczeniem w zakresie systemów monitoringu wizyjnego, zamieszczając w punkcie 2.1.3 SIWZ następujące postanowienia „Wymagane doświadczenie w zakresie systemów monitoringu wizyjnego. Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na zaprojektowaniu oraz dostawie wraz z montażem i uruchomieniem systemu monitoringu wizyjnego ulic obejmującego minimum 10 kamer”.

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy zobowiązali byli złożyć Wykaz wykonanych dostaw lub robót budowlanych według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ wraz z dowodami należytego wykonania/wykonywania dostaw należycie.

Odwołujący w załączeniu do oferty nie złożył Wykazu wykonanych dostaw lub robót budowlanych, oraz załączeniem dowodów, że zostały czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający, pismem z dnia 10 grudnia 2013 r. wezwał odwołującego, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia m.in. tych dokumentów.

Odwołujący, pismem z dnia 17 grudnia 2013 r., złożył m.in. „wypełniony Wykaz wykonanych dostaw i robót budowlanych, na formularzu zgodnym z załącznikiem nr 1 do Oświadczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zawartego w Części III do SIWZ wraz z dowodami wskazującymi odpowiednio, że dostawy zostały wykonane należycie oraz że roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Jednocześnie zastrzegając, iż „Wykaz dostaw i robót budowlanych” oraz dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W złożonym wykazie w zakresie wymogu określonego w punkcie 2.1.3 SIWZ odwołujący wyspecyfikował pięć dostaw.

Zamawiający w dniu 21 lutego 2014 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty z uwagi na to, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w

postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów monitoringu wizyjnego (wymaganie 2.1.3. SIWZ).

Powyższe zakwestionował odwołujący, podnosząc m.in., iż co najmniej dwie ze wskazanych dostaw (poz. 3 i 4), jak i dostawa z poz. 1 potwierdzają spełnianie wymogu opisanego w punkcie 2.1.3 SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż dostawy wskazane w pozycjach 2 i 5 „Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych” nie potwierdzają spełniania wymogu opisanego w punkcie 2.1.3 SIWZ. Na powyższe wskazał zamawiający w treści zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania („2. Druga nie obejmowała swoim zakresem prac projektowych, co wynika zarówno z informacji w Wykazie wykonanych dostaw i robót budowlanych, jak i dołączonych referencji” oraz „5. Piąta polegała na wykonaniu prac projektowych, dostawie, montażu i uruchomieniu systemu monitoringu wizyjnego miasta, ale obejmowała tylko 4 kamery CCTV, a nie jak wymagał Zamawiający minimum 10”). Okoliczność tę przyznał także odwołujący w toku rozprawy oświadczając, iż dostawy te (wskazane w pozycjach 2 i 5 „Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych”) nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Dostawa wskazana w pozycji 1 „Wykazu wykonanych dostaw i robót” „została zrealizowana (zakończona) 14.12.2009 r., czyli wcześniej niż w wymaganym przez Zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (19.11.2013 r.)”. Istotnie – jak słusznie podniósł zamawiający – i jak wynika z treści złożonych przez odwołującego referencji, odbiór końcowy systemu będącego przedmiotem realizacji wyspecyfikowanej w pozycji 1 „Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych” nastąpił „w dniu 14.12.2009 r.”. Natomiast „od dnia 14.12.2009 r. do 14.12.2012 r.” odwołujący wykonywał usługę pn. „bieżące utrzymanie systemu i gwarancyjna usługa serwisowa”. Z powyższego niewątpliwie więc wynika, iż dostawa wyspecyfikowana w pozycji 1 „Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych” została wykonana w dniu podpisania protokołu odbioru końcowego, tj. w dniu 14 grudnia 2009 r., tym samym nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż zamawiający wymagał, aby dostawy wykazujące doświadczenie wykonawcy zostały wykonane w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, tj. do dnia 19 listopada 2010 r. Skoro więc dostawa referencyjna została wykonana w dniu 14 grudnia 2009 r. nie może ona potwierdzać spełniania warunku określonego w punkcie 2.1.3 SIWZ.

Nadto podnieść należy, iż przedmiot umowy nr 10/U/WBZ/2009 z dnia 27 lutego 2009 r. został szczegółowy wskazany w § 1 tejże umowy i nie obejmował on serwisu, na który wskazywał odwołujący w toku rozprawy, a wyłącznie wyspecyfikowane w nim czynności (m.in. zaprojektowanie, dostawę, montażu, instalację, konfigurację). Termin realizacji całości

przedmiotu określono „na 6 miesięcy od dnia podpisania umowy”. Odbiór końcowy przedmiotu umowy nastąpił w dniu 14 grudnia 2009 r.” i dopiero wówczas na ów przedmiot (przedmiot zamówienia) wykonawca - zgodnie z § 10 ust. 1 – udzielił 36 miesięcznej gwarancji, której bieg rozpoczął się w dniu następnym po zakończeniu całego przedmiotu umowy potwierdzonego protokołem odbioru końcowego i dopiero od tej daty odwołujący zobowiązany był wykonywać obowiązki ciążące na nim z tytułu udzielonej gwarancji. Gwarancja umowy nie przedłuża, gdyż gwarancja stanowi jedynie zapewnienie dostawcy przedmiotu zamówienia jego prawidłowego funkcjonowania w terminie określonym w gwarancji. Tym samym stwierdzić należy, iż dostawa ta nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie dostawy wyspecyfikowanej w pozycji 3 „Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych” realizowanej na rzecz GDDKiA Oddział w Gdańsku stwierdzić należy, iż z przedstawionych przez odwołującego referencji rzeczywiście nie wynika, iż dostawa ta obejmowała swoim zakresem projektowanie systemu monitoringu wizyjnego, mimo iż w treści „Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych” wykonawca ten wskazał zakres objęty przedmiotową dostawą, podając iż obejmowała ona „m.in. prace projektowe” i wskazując, iż „aby zrealizować zamówienie zaprojektował kompletny system monitoringu” a więc wykonał zakres, który nie był objęty tamtym zamówieniem, ale bez którego – jak konsekwentnie podnosił – nie było by możliwe osiągnięcie celu zamówienia. Z zestawienia tych dokumentów wynika więc sprzeczność zakresu realizowanych prac. W takiej sytuacji, gdy dokument potwierdzający należyte wykonanie danej realizacji opisuje jej zakres, pomimo braku takiego wymogu, aby opis taki ów dokument zawierał, to nie sposób opis ten pominąć, tj. nie skonfrontować go z opisem dostawy zawartym w wykazie. Dokumenty te powinny się bowiem wzajemnie uzupełniać i istotne jest, aby na podstawie tych dwóch dokumentów istniała możliwość identyfikacji zamówienia, przede wszystkim co do przedmiotu i podmiotu, na rzecz którego zostało wykonane, wykazywanego w ramach doświadczenia zamówienia. W tym stanie faktycznym brzmienie złożonych „referencji” przesądza o tym, iż opisana w nich dostawa wyczerpuje zakres zamówienia, Jednoznacznie bowiem w niej wskazano jaki był zakres świadczonej usługi, wypisując prace jakie ona obejmowała. Zestawienie opisu zakresu dostawy opisanej w „referencjach z dnia 22 lutego 2013 r.” z opisem zawartym w wykazie prowadzi do wniosku, że „referencje” te nie potwierdzają należytego wykonania dostawy wskazanej w tym wykazie. W wykazie – jak wynika z zakresu – wskazano bowiem inną usługę, a mianowicie usługę o szerszym zakresie niż wynika to z treści złożonych przez odwołującego referencji. Powyższego nie potwierdza także „poświadczenie z dnia 12 marca 2014 r.” złożone podczas rozprawy przez odwołującego, gdyż i w nim nie wskazano, iż zaprojektowano system monitoringu, a jedynie, iż zrealizowano „projekt i wykonano docelową stronę internetową”, (pkt c), jak również iż dokonano „doboru kamer, serwera,

urządzeń łączności kamer z serwerem wraz z dostawą i montażem urządzeń oraz wykonanie systemu łączącego wszystkie wymienione elementy” (pkt 3). Dokumenty te zostały wystawione przez tamtego zamawiającego (GDDKiA Oddział w Gdańsku), który odpowiadając na pismo obecnego zamawiającego (pismem z dnia 28 stycznia 2014 r.) jednoznacznie wskazał, iż „wykonawca (PHU TELSAT) nie był zobowiązany oraz nie wykonał projektu systemu monitoringu zawierającego m.in. opis techniczny, rysunki, schematy, karty katalogowe itp.”. Tak więc dostawa polegająca na „wizualizacji i rejestracji obrazów z sieci dróg krajowych” a opisana w referencjach nie może być uznana za odpowiadającą dostawie ujętej w „Wykazie wykonanych dostaw i robót budowlanych” o tej samej nazwie. Zakres obydwu dostaw jest bowiem inny. Okoliczności wykonania systemu monitoringu nie przesądza także wykonanie projektów w jakimś zakresie, zakresie wskazanym przez odwołującego w złożonych dokumentach, gdyż nie tylko, że nie były one objęte przedmiotem tamtego zamówienia, ale ich należytego wykonania nie potwierdza zamawiający (GDDKiA Oddział w Gdańsku). Tym samym Izba uznała, iż realizacja z pozycji 3 „Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych” także nie stanowi potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnośnie dostawy wyspecyfikowanej w pozycji 4 „Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych”, a realizowanej na rzecz Wrocławia, stwierdzić należy, iż odwołujący nie wykazał, iż swoim zakresem obejmowała ona projektowanie systemu monitoringu wizyjnego. Już z treści Protokołu końcowego odbioru robót złożonego przez tego wykonawcę na potwierdzenie należytego jej wykonania wynika bowiem, iż odbiór nastąpił w zakresie zgodności wykonanego zadania z dokumentami, w tym „zmianami wprowadzonymi przez projektanta, Zamawiającego”. Robota ta polegała więc na budowie monitoringu, dla którego był już gotowy projekt. Sam odwołujący w treści wykazu wskazał, iż obejmowała ona „m.in. prace projektowe” i „zaprojektowanie systemu w zakresie koniecznych zmian wynikłych na etapie realizacji inwestycji dotyczące zmian urządzeń i ich lokalizacji, jak również wykonanie projektu informatycznego”. Dokonywał więc modyfikacji systemu już istniejącego, zresztą okoliczność tę (korzystanie z przygotowanego projektu w pewnym zakresie) sam przyznał na rozprawie. Podniósł bowiem, iż uwzględnił w trakcie swoich prac szereg elementów wchodzących w projekt Pana Dyducha. Istotnie ze złożonych przez niego dokumentów wynika pewien zakres prac wchodzących w skład systemu monitoringu wizyjnego, jednakże nie oznacza to wykonania pełnego systemu. I na tę okoliczność odwołujący nie złożył żadnego dokumentu, który niezbicie by to potwierdzał. Dlatego też Izba uznała, iż realizacja wskazana w tej pozycji (4) również nie stanowi potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie stwierdzić należy, iż art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wprost wskazuje, że to na wykonawcy (a więc w tym przypadku na odwołującym) ciąży obowiązek wykazania

spełniania warunków udziału w postępowaniu i to tego wykonawcę obciążają konsekwencje niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polegające na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany jest bowiem wykluczyć wykonawców, którzy „nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Zamawiający nie jest przy tym uprawniony do podjęcia decyzji, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w oparciu o domniemania i przypuszczenia. To wykonawca zobowiązany jest wykazać ich spełnianie. Zadaniem Zamawiającego nie jest bowiem prowadzenie postępowania wyjaśniającego i ustalanie faktów, które mogłyby wskazać, iż wykonawca warunki spełnia. To ze złożonych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń winno niezbitnie wynikać, iż wykonawca ten spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. W tym stanie faktycznym odwołujący w żaden dopuszczalny sposób nie wykazał, iż spełnia postawiony w treści SIWZ warunek w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt 2.1.3 SIWZ).

Reasumując stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, iż **nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PKP Informatyka jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może się zwrócić do wykonawcy o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń, przy czym jest to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Zamawiający, który wobec któregoś z wykonawców poweźmie wątpliwości co do spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, zobowiązany jest go wezwać do złożenia wyjaśnień. Niemniej jednak w tym stanie faktycznym zamawiający nie miał wątpliwości co do spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Brak spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 2.1.3 SIWZ jednoznacznie bowiem wynikał z treści złożonych przez tego wykonawcę dokumentów. Tym samym brak było i brak jest podstaw do zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: