

WYROK

z dnia 5 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2013 r.

przez wykonawcę: **MIKOR – Automatyka M..... R....., Zielonka**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup aparatury oświetlenia technologicznego i wymiana wyeksploatowanej aparatury Scen Głównej i KAMERALNEJ, Etap III – mosty konstrukcyjne* (nr postępowania 15/A/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Teatr Wielki – Opera Narodowa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **AB Industry S.A. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności w postępowaniu, począwszy od oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wezwania AB Industry S.A. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia – w zakresie braku wykazania drugiego zamówienia polegającego na dostawie urządzeń wraz z wykonaniem górnej lub dolnej mechaniki sceny ze sterowaniem, instalacjami elektrycznymi i uruchomieniem w obiektach typu: teatry, filharmonie oraz studia telewizyjne, o wartości nie niższej niż 1 milion złotych brutto.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Teatr Wielki – Operę Narodową z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: MIKOR – Automatykę M..... R..... z Zielonki** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego: Teatru Wielkiego – Opery Narodowej z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego: MIKOR – Automatyki M..... R..... z Zielonki** kwotę **18693 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt trzy złote zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Teatr Wielki – Opera Narodowa z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Zakup aparatury oświetlenia technologicznego i wymiana wyeksploatowanej aparatury Scen Głównej i KAMERALNEJ, Etap III – mosty konstrukcyjne* (nr postępowania 15/A/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_084-141935 z 30 kwietnia 2013 r., z tym, że 26 kwietnia 2013 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.teatrwielki.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”)

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 8.574.613,80 zł, co stanowi równowartość 2.133.200,77 euro, przy czym wartość udzielanej części zamówienia została ustalona na kwotę 3.906.666,67 zł, co stanowi równowartość 971.904,34 euro.

14 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – MIKOR – Automatyce M..... R..... z Zielonki – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez AB Industry S.A. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim.

21 czerwca 2013 r. (pismem z 19 czerwca 2013 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania AB Industry S.A. z Ożarowa Mazowieckiego, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci żadanego przez Zamawiającego doświadczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty..
2. Dokonania ponownej oceny ofert.
3. Wykluczenia AB Industry S.A. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że według treści SIWZ (rozdział VIII ust. 1 pkt 2) posiadanie przez wykonawców niezbędnego doświadczenia wymaga od nich wykazania w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej 2 (dwóch) zamówień polegających na dostawie urządzeń wraz z wykonaniem górnej lub dolnej mechaniki sceny ze sterowaniem, instalacjami elektrycznymi i uruchomieniem w obiektach typu: teatry, filharmonie oraz studia telewizyjne, a wartość każdego z nich nie była niższa niż 1.000.000,00 zł brutto. Odwołujący wywiódł, że Zamawiający wymagał zatem, aby każda z dwóch dostaw zawierała zarówno elementy mechaniki, jak i automatyki, tzn. zarówno elementy górnej lub dolnej mechaniki sceny, jak również sterowanie i instalacje.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z jego najlepszą wiedzą, jako podmiotu prowadzącego od wielu lat działalność w tej branży, AB Industry S.A. nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Według Odwołującego w celu stworzenia pozorów posiadania takiego doświadczenia Wykonawca ten wpisał w stosownym załączniku oferty dwie dostawy o właściwej wysokości – obie realizowane na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi. Odwołujący podał, że ponieważ pełnił określone funkcje związane z inwestycją, w której ramach dostawy realizowała AB Industry S.A., zwrócił uwagę Zamawiającego na fakt, że wskazane przez tego Wykonawcę dostawy nie spełniają warunków SIWZ. Odwołujący podkreślił, że AB Industry S.A., będąc podwykonawcą inwestycji w Teatrze Wielkim w Łodzi, rzeczywiście zawarła z wykonawcą inwestycji dwie odrębne umowy, które nie spełniają jednak wymogów SIWZ oddzielnie – lecz dopiero łącznie. Umowy w sposób istotny różnią się zakresem, gdyż jedna z nich dotyczy mechaniki, druga zaś automatyki. Odwołujący wywiódł, że żadna z umów nie zawiera wszystkich elementów żądanych przez Zamawiającego wobec każdej z dostaw, to jest jednocześnie mechaniki (górnej lub dolnej) oraz sterowania i instalacji. W ocenie Odwołującego przy najbardziej zyczliwym potraktowaniu przez Zamawiającego doświadczenia AB Industry S.A. wykonała ona jedną dostawę spełniającą wymogi SIWZ – rozłożoną w ramach jednej inwestycji na dwie odrębne umowy.

Według relacji Odwołującego Zamawiający, mając na uwadze powyższe wątpliwości, pismem z 10 czerwca 2013 r. wezwał AB Industry S.A. do wyjaśnień dotyczących doświadczenia, wskazując w szczególności fakt złożenia przez tego wykonawcę jednej wspólnej referencji z Teatru Wielkiego w Łodzi dla obu dostaw. Jednocześnie pismem z 11 czerwca 2013 r. Zamawiający poprosił Teatr Wielki w Łodzi o wskazanie zakresu umów realizowanych przez AB Industry S.A., formułując dwa pytania, które miały pozwolić

jednoznacznie wyjaśnić posiadanie przez AB Industry S.A. wymaganego doświadczenia: po pierwsze – czy realizacja wskazanych nam oddzielnie dwóch prac dotyczą jednego zadania pn. *Modernizacja zaplecza technicznego sceny głównej Teatru Wielkiego w Łodzi, a dostawy dla tego zadania były realizowane poprzez dwie oddzielne umowy*; po drugie – czy każda z tych dwóch prac polegała jednocześnie na dostawie urządzeń, wykonaniu górnej lub dolnej mechaniki sceny ze sterowaniem, instalacjami elektrycznymi i uruchomieniem. Odwołujący wskazał, że na tak prosto i jednoznacznie zadane pytania Zamawiający nie uzyskał wprawdzie odpowiedzi *tak* lub *nie*, gdyż ta udzielona w piśmie z 12 czerwca 2013 r. polega na enumeratywnym wyliczeniu elementów dostaw przewidzianych obiema umowami. Odwołujący podniósł, że dla każdej osoby, o choćby nieco rozszerzonej wiedzy w zakresie budowy maszyn, widoczne jest, że odpowiedź na pytanie drugie jest negatywna. Odwołujący pokusił się o stwierdzenie, że odpowiedź ta jest wręcz czytelna dla każdego, gdyż brzmiała następująco: *Umowa nr 1/2012, której przedmiotem było kompleksowe wykonanie poprzez wymianę i częściową modernizację systemu mechaniki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi. (...) Umowa nr 1/2011, której przedmiotem była kompleksowa dostawa, montaż i uruchomienie systemu automatyki na podstawie dokumentacji projektowej.* {podkreślenia własne Odwołującego}. Odwołujący wywiódł, że z powyższego jednoznacznie wynika, że AB Industry S.A. zrealizowała na rzecz Teatru Wielkiego w Łodzi dwie odrębne umowy, z których jedna dotyczyła automatyki (nr 1/2011), druga zaś mechaniki sceny (nr 1/2012). Żadna z tych umów nie dotyczyła tym samym obu elementów na raz, a zatem żadna z nich nie stanowiła umowy, którymi w liczbie dwóch winien wykazać się wykonawca, aby wziąć udział w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego ponieważ AB Industry S.A. nie wykazała wykonania choćby jednej umowy z dwóch wymaganych przez SIWZ, całkowicie niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający nie wykluczył tego Wykonawcy z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału określonego w SIWZ. Odwołujący podniósł, że warunek ten nie został wykazany mimo wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, mimo przyznania przez autora referencji, że żadna z wskazywanych umów nie spełnia wymogów SIWZ, Zamawiający z nieznanых powodów uznał, że wymogi te zostały spełnione dla obu umów.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

21 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał faksem wykonawcom informację o wniesieniu odwołania oraz kopię odwołania.

24 czerwca 2013 r. AB Industry S.A. zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie składano w tym zakresie również żadnych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, natomiast Zamawiający i Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 26 kwietnia 2013 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która jest jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie objęte zarzutem odwołania zaniechanie Zamawiającego polegające

na niewykluczeniu Przystępującego z postępowania – naraża Odwołującego na szkodę polegającą na nieuzyskaniu odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności Izba przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z., oferty Przystępującego, wezwania z 10 czerwca 2013 r., odpowiedzi na nie Przystępującego, a także protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę kopie umów załączonych do odwołania, które nie były kwestionowane w toku postępowania odwoławczego.

Na rozprawie Odwołujący wycofał głoszony w odwołaniu wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu maszyn na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia odwołania, w szczególności na okoliczność spełniania przez wykonawcę AB Industry S.A. wymogów SIWZ w zakresie doświadczenia, w świetle wyjaśnień udzielonych przez podmiot wystawiający referencje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w zakresie objętym zarzutem odwołania:

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Część VIII, pkt 1, ppkt 2: W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy spełniają warunki dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia – warunkiem jest złożenie stosowanego oświadczenia w tej kwestii zgodnie z treścią zawartą w dokumencie, o którym mowa w części IX pkt 1 ppkt 1 oraz wykazanie, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), Wykonawca zrealizował co najmniej 2 (dwa) zamówienia polegające na dostawie urządzeń wraz z wykonaniem górnej lub dolnej mechaniki sceny ze sterowaniem, instalacjami elektrycznymi i uruchomieniem w obiektach typu: teatry, filharmonie oraz studia telewizyjne a wartość każdej z nich nie była niższa niż 1.000.000,00 zł brutto

Część IX, pkt 1, ppkt 2: Oświadczenia lub dokumenty wymagane od Wykonawcy: Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy

zostały wykonane, oraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (według wzoru podanego w załączniku nr 5 do SIWZ).

Zamawiający działając na podstawie § 1 ust. 4 Rozporządzenia o dokumentach wymaga zamieszczenia w w/w wykazie co najmniej dostaw opisanych w cze. VIII pkt 1 ppkt 2 SIWZ. Dokumenty poświadczające należyte wykonanie dostaw winy spełniać wymogi opisane szczegółowo w § 1 ust. 2 i 3 Rozporządzenia o dokumentach, z uwzględnieniem możliwości przewidzianych w § 9 ust. 2 Rozporządzenia o dokumentach.

W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa powyżej będą budzić wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu będzie wynikać że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego dostawy były wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Oferta AB Industry S.A. w zakresie dokumentów załączonych na potwierdzenie powyższego warunku.

Wykaz dostaw złożony przez wypełnienie wzoru załączonego do s.i.w.z., w którego tabeli wpisano dwie pozycje z następującym opisem:

Dostawa oraz montaż urządzeń wraz z uruchomieniem mechaniki dolnej i górnej sceny, system sterowania, wizualizacja, kompletna instalacji elektryczna. Wykonanie rozruchu, testy, szkolenia. 3 044 250,00 zł. 12.2011 - 03.2013

Dostawa oraz montaż urządzeń mechaniki dolnej i górnej sceny wraz z uruchomieniem sterowania, instalacji elektrycznych, wizualizacji. Wykonanie rozruchu, testy, szkolenia. 6 077 799,00 zł. 05.2012 - 03.2013.

W opisie obu pozycji zamieszczono również następujący dopisek: *Szczegółowy zakres prac zawiera referencja zbiorcza stanowiąca załącznik do oferty wystawiona przez Inwestora – Teatr Wielki w Łodzi.*

List referencyjny z 5 lutego 2013 r.:

Firma AB Industry (...) wykonała system technologii i automatyki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi.

AB Industry wykonało:

- *Wykonanie projektu wykonawczego mechaniki sceny*
- *Wykonanie projektu wykonawczego systemu automatyki i elektryki sceny*
- *Dostawa i montaż: (...)*
 - *14 sztankietów scenicznych (...)*
 - *1 dźwig dekoracyjny (...)*

- *Dostawa kompletnych szaf automatyki i rozdzielni MCC: (...)*
- *Dostawa i montaż tras kablowych*
- *Dostawa, położenie i podłączenie kabli na obiekcie*
- *Testy instalacji*
- *Szkolenie operatorów*
- *Przekazanie dokumentacji powykonawczej i instrukcji obsługi*

10 czerwca 2013 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 pzp wezwał AB Industry S.A. do wyjaśnień czy każde z wymienionych w „Wykazie” zadań spełnia wymóg określony w części VIII pkt 1 ppkt. 2 SIWZ tj. czy każde z nich polegało jednocześnie na dostawie urządzeń, wykonaniu górnej lub dolnej mechaniki sceny ze sterowaniem, instalacjami elektrycznymi i uruchomieniem.

Jednocześnie w tym samym piśmie Zamawiający wskazał, co następuje. *Jeżeli Wykonawca nie będzie w stanie wykazać, że każda z przedstawionych w dołączonym do oferty „Wykazie dostaw” prac spełnia wymogi określone w SIWZ, Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy wzywa do uzupełnienia „Wykazu” o dodatkowe zamówienia, które spełniają wymogi Zamawiającego określone w części VIII pkt 1 ppkt. 2 SIWZ. Jeżeli wykonawca przedstawi w „Wykazie” inne, dodatkowe zadania to zgodnie z zapisem zawartym w części IX pkt 1 ppkt 2 należy również załączyć dokumenty – dowody potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane należycie.*

W przesłanym 13 czerwca 2013 r. piśmie z 12 czerwca 2013 r. AB Industry S.A. oświadczyła, że: *obydwa zadania zrealizowane w Teatrze Wielkim w Łodzi spełniają wymóg określony w części VIII pkt 1 ppkt. 2 SIWZ. Pierwszy kontrakt dotyczył wykonania projektu systemu automatyki i elektryki sceny, dostawy i montażu mechaniki górnej sceny m.in.: dwa sztankiety dekoracyjne, dostawy kompletnych szaf automatyki i rozdzielni MCC, dostawie kompletnych stacji przenośnych, systemu bezpieczeństwa instalacji zgodnym z SIL 3, wykonaniu uruchomienia, testów i szkolenia operatorów. Prace były realizowane w okresie od 12.2011 do 03.2013. Drugi kontrakt dotyczył wykonania projektu wykonawczego mechaniki sceny, wykonania projektu sterowania elementami sceny m.in.: podkasu, dostawie i montażu urządzeń takich jak: wciągarki, sztankiety, sofony oświetleniowe, mosty oświetleniowe horyzontalne, zapadnie sceniczne, wózki boczne, kasety wózków tylnych, sceny obrotowej oraz wykonania i uruchomienia sterowania m.in. podkasu, dostawie enkoderów, wykonaniu i uruchomienia i testów instalacji. Prace były realizowane w okresie od 05.2012 do 03.2013. Podsumowując, zarówno pierwsze jak i drugie zadanie, było niezależnym kontraktem, obejmującym zakres związany z automatyką i mechaniką sceny,*

zamkniętym osobną umową. Dowodem na to są załączone referencje stanowiące Załącznik nr 1 i Załącznik nr 2.

List referencyjny z 31 maja 2013 r. {załącznik nr 1 do wyjaśnień}

Firma AB Industry (...) wykonała system sterowania sceny oraz dostawę elementów mechaniki górnej sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi.

Zakres kontraktu AB Industry:

- *Wykonanie projektu wykonawczego systemu automatyki i elektryki sceny*
- *Dostawa i montaż mechaniki górnej sceny m.in. 2 sztankietów dekoracyjnych*
- *Dostawa kompletnych szaf automatyki i rozdzielni MCC: (...)*
- *Testy instalacji*
- *Szkolenie operatorów*
- *Przekazanie dokumentacji powykonawczej i instrukcji obsługi*
- *Wartość zamówienia 3 044 250,00 zł brutto.*

List referencyjny z 31 maja 2013 r. {załącznik nr 2 do wyjaśnień}

Firma AB Industry (...) wykonała pod klucz system mechaniki górnej i dolnej wraz z elementami sterowania sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi.

Zakres kontraktu AB Industry:

- *Wykonanie projektu wykonawczego mechaniki sceny*
- *Wykonanie projektu sterowania elementami sceny m.in.: podkasu*
- *Dostawa i montaż: (...)*
 - *14 sztankietów scenicznych (...)*
 - *1 dźwig dekoracyjny (...)*
- *Wykonanie i uruchomienie sterownia m.in. podkasu*
- *Dostawa i montaż tras kablowych*
- *Dostawa, położenie i podłączenie kabli na obiekcie*
- *Testy instalacji*
- *Szkolenie operatorów*
- *Przekazanie dokumentacji powykonawczej i instrukcji obsługi*
- *Wartość zamówienia 6 077 799,00 złotych brutto.*

W przesłanym w odpowiedzi na pytania Zamawiającego {adekwatnie opisane w odwołaniu} piśmie z 12 czerwca 2013 r. Teatr Wielki w Łodzi udzielił następującej odpowiedzi:

Umowa nr 1/2012, której przedmiotem było kompleksowe wykonanie poprzez wymianę i częściową modernizację systemu mechaniki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi. Zamówienie obejmuje w szczególności realizację następujących zadań:

- 1. Mechanika górna: konstrukcja pomostów i sztankietów, most portalowy, sofit I i II, most horyzontowy duży, most horyzontowy mały, most „U”, ciągi dekoracyjne z napędem elektrycznym, ciągi dekoracyjne zascenia, ciągi dekoracyjne z napędem elektrycznym, platforma do transportu dekoracji scenicznych prawej kieszeni sceny*
- 2. Mechanika dolna: zapadnia orkiestry dwupoziomowa, zapadnia orkiestry jednopoziomowa, zapadnia sceny 0), zapadanie sceniczne, zapadania sceny 6, zapadnia samochodowa lewej kieszeni sceny, wózki kieszeni bocznych, wózki kieszeni tylnej, scena obrotowa*

Umowa nr 1/2011, której przedmiotem była kompleksowa dostawa, montaż i uruchomienie systemu automatyki na podstawie dokumentacji projektowej.

Zakres umowy obejmuje:

- 1. Demontaż tras kablowych*
- 2. Montaż nowych tras kablowych*
- 3. Ułożenie przewodów wg projektu automatyki*
- 4. Podłączenie elektryczne napędów*
- 5. Montaż czujników wg projektu automatyki*
- 6. Podłączenie elektryczne czujników*
- 7. Podłączenie elektryczne czujników*
- 8. Pomiary elektryczne*
- 9. Oprogramowanie sterowników wg projektu automatyki*
- 10. Oprogramowanie paneli sterujących wg projektu automatyki*
- 11. Testy oraz uruchomienie systemu: wstępnych prób i rozruchów urządzeń wraz z ich regulacją*
- 12. Dostarczenie instrukcji obsługi , konserwacji i napraw oraz przeszkolenie kadry technicznej TW w Łodzi w zakresie systemu automatyki*

Każda z umów dotyczyła zakresu wymienionego powyżej i obejmowała również dostawę materiałów i urządzeń.

Wszystkie trzy powyżej przywołane referencje oraz pismo z 12 czerwca 2013 r. każdorazowo w imieniu Teatru Wielkiego w Łodzi podpisała ta sama osoba pełniąca stanowisko Zastępcy Dyrektora ds. Inwestycyjnych.

Umowy dotyczące wykonania zamówień opisanych w wykazie AB Industry S.A.

Umowa nr 1/2011/TWŁ-Z/AB zawarta 28 grudnia 2011 r. pomiędzy POMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej w umowie „Zamawiającym”) a AB Industry S.A. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (zwanej dalej w umowie „Dostawcą”):

§ 1. Przedmiot umowy

1. Przedmiotem umowy jest kompleksowe dostawa, montaż i uruchomienie systemu automatyki na podstawie dokumentacji projektowej.

2. Zakres umowy obejmuje:

- 1) demontaż tras kablowych*
- 2) montaż nowych tras kablowych*
- 3) ułożenie przewodów wg projektu automatyki*
- 4) podłączenie elektryczne napędów*
- 5) montaż czujników wg projektu automatyki*
- 6) podłączenie elektryczne czujników*
- 7) podłączenie elektryczne czujników*
- 8) pomiary elektryczne*
- 9) oprogramowanie sterowników wg projektu automatyki*
- 10) oprogramowanie paneli sterujących wg projektu automatyki*
- 11) testy oraz uruchomienie systemu: wstępnych prób i rozruchów urządzeń wraz z ich regulacją. Przeprowadzenie badań akustyki, pomiarów poziomu zakłóceń pochodzenia energetycznego – mających wpływ na urządzenia dźwiękowe. Wszystkie w/w czynności muszą być wykonane z udziałem uprzednio przeszkolonej kadry obsługi sceny*
- 12) system dostarczony zostanie wraz z kompletem dokumentów (atesty, certyfikaty, deklaracje zgodności, karty materiałowe, itd.)*
- 13) dostarczenie instrukcji obsługi, konserwacji i napraw oraz przeszkolenie kadry technicznej TW w Łodzi w zakresie systemu automatyki. Na Dostawcy spoczywa obowiązek takiego przeszkolenia kadry technicznej (...) aby w procesie eksploatacyjnym nie wystąpiły żadne przeszkody wynikające z niedoinformowania pracowników obsługi.*
- 14) Przekazanie wszystkich koniecznych zmian wraz z dokonaniem poprawek w dokumentacji powykonawczej.*

Umowa nr 1/2012/TWŁ-Z/AB zawarta 11 maja 2012 r. pomiędzy POMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe ŻAK-ZIB z siedzibą w Raszynie (zwanymi łącznie dalej w umowie „Zamawiającym”) a AB Industry S.A. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (zwanej dalej w umowie „Dostawcą”):

Zważywszy, że Zamawiający podpisał w dniu 28.12.2011r. umowę nr 1/2011/TWŁ-Z/AB z AB industry S.A. na wykonanie systemu automatyki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi i strony zamierzają w celu zapewnienia skoordynowania działań oraz kompleksowej realizacji i koordynacji przedmiotu powołanej wyżej umowy wraz z przedmiotem niniejszej umowy, Strony zawierają umowę o następującej treści:

§ 1. Przedmiot umowy

1. Przedmiotem umowy jest kompleksowe wykonanie poprzez wymianę i częściową modernizację systemu mechaniki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi, na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego, zakresu modernizacji mechaniki scenicznej, przedmiaru oraz dokumentacji projektowej i oferty Tuchler Polska nr OF 21200122 z dnia 06.02.2012r.
2. Zamówienie obejmuje w szczególności realizację następujących zadań:
 - 1) mechanika górna: konstrukcja pomostów i sztankietów, most portalowy, sofit I i II, most horyzontowy duży, most horyzontowy mały, most „U”, ciągi dekoracyjne z napędem elektrycznym, ciągi dekoracyjne zascenia, ciągi dekoracyjne z napędem elektrycznym, platforma do transportu dekoracji scenicznych prawej kieszeni sceny
 - 2) mechanika dolna: zapadnia orkiestry dwupoziomowa, zapadnia orkiestry jednopoziomowa, zapadnia sceny 0), zapadanie sceniczne, zapadania sceny 6, zapadnia samochodowa lewej kieszeni sceny, wózki kieszeni bocznych, wózki kieszeni tylnej, scena obrotowa,
 - 3) zabezpieczenie antykorozyjne wszystkich elementów metalowych istniejących i nowych urządzeń sceny (jednokrotne malowanie),
 - 4) wykonanie fundamentów niezbędnych do zamontowania elementów przedmiotu umowy,
 - 5) wykonanie podłączeń elektrycznych napędów i automatyki,
 - 6) demontaż obecnych urządzeń i ich protokolarne przekazanie Zamawiającemu,
 - 7) wykonanie badań akustycznych,
 - 8) zapewnienie i udział w dokonaniu odbiorów przez UDT,
 - 9) zapewnienie nadzoru BHP oraz zachowania zasad BHP podczas realizacji prac zgodnie z obowiązującymi przepisami.
3. Przedmiot umowy nie obejmuje napraw i uzupełnienia desek podłogowych na scenie i stropie technicznym, z wyłączeniem uszkodzeń spowodowanych przez Dostawcę podczas realizacji umowy.
4. Dostawca zobowiązuje się do wykonania zamówienia zgodnie z ustawą Prawo budowlane i aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie, zasadami wiedzy technicznej oraz warunkami technicznymi i instrukcjami montażu producenta.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutu podniesionego w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający dokonał oceny spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia niezgodnie z ustalonym przez siebie opisem sposobu oceny jego spełniania.

Na wstępie należy podkreślić, że właściwe sprecyzowanie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp – w aktualnym stanie prawnym nazywane *opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków* – ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie *spełnia-nie spełnia*. {Zasada ta doznaje pewnego ograniczenia w razie korzystania przez zamawiających z kryteriów oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia przykładowo wymienionych w zd. 2 ust. 5 art. 22 pzp, co jednak nie dotyczy rozstrzyganej sprawy.} Jest to istotne, gdyż warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu. Takie działanie zamawiających jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 pzp, który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału z przedmiotem zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania udzielanego zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom na takich samych warunkach. Natomiast zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga, aby stosować przede wszystkim literalną wykładnię odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy interpretacji tych postanowień należy kierować się przede wszystkim znaczeniem słów,

wyrażeń i zwrotów oraz ich składnią z uwzględnieniem reguł języka polskiego. Nie należy przy tym przyjmować założenia, że opis sposobu oceny spełniania warunków nie został dokonany z uwzględnieniem przywołanych powyżej reguł wynikających z art. 22 ust. 4 pzp. Z drugiej strony należy jednak odrzucić interpretacje oparte wyłącznie na intencjach zamawiającego, które nie zostały uzewnętrznione w formie pisemnej przed terminem składnia ofert, niezależnie od tego, czy obiektywnie byłyby to warunki bardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia. Odstąpienie na etapie badania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu od dokonanego uprzednio opisu sposobu ich oceny należy zawsze uznać za bezpośrednie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp. I to niezależnie od tego, czy zmierza do zaostrzenia czy złagodzenia warunków udziału. W pierwszym przypadku bezpośrednio uderza to w wykonawców, którzy przystąpili do udziału w postępowaniu, gdyż mieli podstawę do przyjęcia, że wykażą spełnianie warunków udziału. Z kolei złagodzenie warunków na rzecz wykonawców biorących udział w postępowaniu, pomimo że obiektywnie nie spełniają ustalonych kryteriów podmiotowych, odbywa się kosztem choćby wykonawców, którzy nie zdecydowali się na ubieganie o udzielenie zamówienia, gdyż prawidłowo ustalili na podstawie opisu, że nie będą mogli zostać uznani za zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Izba zważyła, że wprowadzony przez Zamawiającego do ogłoszenia i s.i.w.z. opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie pozostawia wątpliwości, że AB Industry S.A. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający jednoznacznie wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczenia w dwukrotnej realizacji zamówień polegających na dostawie urządzeń wraz z wykonaniem górnej lub dolnej mechaniki sceny ze sterowaniem, instalacjami elektrycznymi i uruchomieniem w obiektach typu: teatry, filharmonie oraz studia telewizyjne, o wartości nie niższej niż 1 milion złotych brutto. Ponieważ termin *zamówienie* nie został w treści opisu zdefiniowany, w szczególności nie został utożsamiony z umową, nie ma podstaw do weryfikacji doświadczenia wyłącznie przez pryzmat liczby zrealizowanych umów. Natomiast za jednostkowe zamówienie należy uznać zrealizowaną dostawę i instalację w danym obiekcie urządzeń mechaniki sceny (obojętne górnej czy dolnej) wraz ze sterowaniem i instalacjami elektrycznymi, zakończoną uruchomieniem całości. Drugorzędne znaczenie ma zatem, czy zdefiniowana w opisie kompletna realizacja miała miejsce na podstawie jednej czy też większej liczby umów. Z tego względu Izba uznała za nieuzasadnione stanowisko Odwołującego (sprecyzowane na rozprawie), że Przystępujący nie wykazał żadnego zamówienia spełniającego kryteria zawarte w opisie sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby

na podstawie uzyskanych przez siebie dokumentów Zamawiający powinien dokonać oceny, że AB Industry S.A. wykazała należyte wykonanie systemu mechaniki i automatyki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi, a zatem zrealizowała jedno zamówienie o wymaganych parametrach co do zakresu rzeczowego i wartości.

Błąd Zamawiającego polegał na zaakceptowaniu stanowiska AB Industry S.A., zmierzającego do przedstawienia realizacji tego jednego zamówienia jako dwóch odrębnych. Zamawiający słusznie powziął w tym zakresie wątpliwości, ostatecznie jednak błędnie je rozstrzygnął, zgodnie z tym, co zasugerował mu Przystępujący. Należy zauważyć, że opis obu pozycji w wykazie miał charakter ogólnikowy i zbieżny, wskazano taki sam termin zakończenia realizacji, a w zakresie szczegółowego zakresu rzeczowego odesłano do jednej i tej samej referencji. W jej treści opisano kompleksową realizację systemu technologii i automatyki sceny w Teatrze Wielkim w Łodzi, począwszy od wykonania projektów wykonawczych mechaniki sceny oraz systemu automatyki i elektryki sceny, przez dostawę i montaż elementów mechaniki sceny, elementów automatyki, tras kablowych, aż do testów instalacji, szkolenia operatorów i przekazania dokumentacji powykonawczej i instrukcji obsługi. W złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach Przystępujący potwierdził jedynie realizację dwóch odrębnych umów, przy czym w umowie dotyczącej systemu automatyki, miały znaleźć się elementy dostawy i montażu mechaniki górnej sceny w postaci dwóch sztankietów dekoracyjnych, a w umowie dotyczącej mechaniki sceny wskazano na element sterowania podkasu sceny. Elementy te znalazły również odzwierciedlenie w nowych referencjach, które zawierają również nowe zdania początkowe, ewidentnie dostosowane do treści (odrębność systemów sterowania i mechaniki, z których jednak każdy zawiera elementy drugiego systemu) i terminologii (zamiast słowa *automatyka* używana jest fraza *system sterowania*) opisu zawartego w s.i.w.z. Poza tym dokonano rozdzielenia na dwa dokumenty zakresu referencji załączonej do oferty. Zamawiający niesłusznie przychylił się do zawartej w wyjaśnieniach oceny, że każda z tych umów winna być uznana odrębne zamówienie wykazujące łącznie posiadanie wymaganego doświadczenia. Zamawiający nie wziął bowiem pod uwagę pisma z 12 czerwca 2013 r., które uzyskał na swój wniosek z Teatru Wielkiego w Łodzi. W odpowiedzi na jednoznaczne pytania Zamawiającego zmierzające do ustalenia, czy w ramach każdej z umów występowały elementy mechaniki i sterowania, ta sama osoba, która podpisała uprzednio referencje, precyzyjnie opisała zakres obu umów jako odnoszących się albo wyłącznie do kompleksowego wykonania systemu mechaniki sceny (jedna umowa), albo wyłącznie do kompleksowej dostawy, montażu i uruchomienia systemu automatyki (druga umowa). Przy czym pomimo wielości i szczegółowości wyliczenia elementów, w pierwszej umowie nie pojawił się żaden element sterowania, a w drugiej – element mechaniki. Pośrednio zatem osoba ta wycofała się

z poprzednio wskazanych w rozdzielonych referencjach elementów mechaniki czy automatyki, które rzekomo miały wystąpić w nich między innymi, choć za każdym razem wymieniono tylko pojedynczy element. Przede wszystkim jednak, nawet gdyby rzeczywiście takie pojedyncze elementy z zakresu odpowiednio sterowania czy mechaniki znalazły się w umowie dotyczącej odpowiednio mechaniki czy sterowania, nie zmienia to tego, że obie umowy dotyczą tego samego zamówienia i są ze sobą nierozzerwalnie związane. Już z referencji załączonej do oferty wynikało, że całość zamówienia zrealizowana w tym samym czasie została odebrana przez inwestora – Teatr Wielki w Łodzi. Wynika to również jednoznacznie z treści umów, gdyż wstęp później zawartej umowy dotyczącej mechaniki wprost odsyła do umowy dotyczącej systemu automatyki, wskazując, że druga umowa zostaje zawarta w celu zapewnienia skoordynowania działań oraz kompleksowej realizacji przedmiotu obu umów. Zatem nie ma znaczenia, że generalny wykonawca, któremu powierzono całość realizacji, w szczególności związanej z systemem mechaniki i sterowania sceną Teatru Wielkiego w Łodzi, podpisał następnie z AB Industry S.A. dwie odrębne umowy. Niewątpliwie było to zamówienie o skali wykraczającej kilkukrotnie ponad wyznaczone wartością 1 mln zł minimum, jednakże nie powoduje to, że może być uznane za potwierdzające wymagane doświadczenie, które na mocy decyzji Zamawiającego zostało opisane jako co najmniej dwukrotna realizacja całościowego zamówienia związanego z mechaniką i sterowaniem sceny w konkretnym obiekcie typu teatr, filharmonia oraz studio telewizyjne.

W ocenie Izby jednoczesne wezwanie 10 czerwca 2013 r. Przystępującego do złożenia wyjaśnień albo do uzupełnienia dokumentów należy uznać za bezskuteczne w tym ostatnim zakresie, gdyż konieczność uzupełnienia dokumentów mogła zostać stwierdzona dopiero przez Zamawiającego na podstawie złożonych wyjaśnień. Z tego względu Zamawiający winien wezwać AB Industry S.A. do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania brakującego jednego zamówienia spełniającego wymogi zawarte w opisie sposobu oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: