

Sygn. akt: KIO/96/11

WYROK

z dnia 31 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2011 r. przez **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Poznańską, Pl. M. Skłodowskiej Curie 5, 60-965 Poznań**

przy udziale wykonawcy **INGEINSA POLSKA Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 99/58, 02-001 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Politechnikę Poznańską, Pl. M. Skłodowskiej Curie 5, 60-965 Poznań i**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 **000 zł 00** gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości 23 **600 zł 00** gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Politechnikę Poznańską, Pl. M. Skłodowskiej Curie 5, 60-965 Poznań** na rzecz **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zaliczenia wysokości wpisu do kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Politechnika Poznańska (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie i wybudowanie instalacji wewnętrzzbudynkowych niskoprądowych dla Centrum Mechatroniki, Biomechaniki i Nanoinżynierii Politechniki Poznańskiej”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23 września 2010 r., pod nr: 2010/S 185-282271.

W postępowaniu tym wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 17 stycznia 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 14 stycznia 2011 r.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca INEGEINSA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) w dniu 20 stycznia 2011 r. złożył przystąpienie po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania.

Złożone odwołanie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z postępowania. W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Przystępującego, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 2) Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Przystępującego, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- 4) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz do wyjaśnień wykonawcy, który złożył ofertę, zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu złożonego odwołania Odwołujący wskazał na opis sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dokonany przez Zamawiającego w rozdz. V pkt 2 SIWZ. Przystępujący - zdaniem Odwołującego - warunku tego nie spełnił. Pierwsza z przedstawionych przez niego referencji wystawiona przez LIM Joint Venture Sp. z o.o. wskazuje bowiem, że ilość wykonanych systemów nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego, zgodnie z którym system BMS powinien zarządzać kompletną infrastrukturą budynkową i integrować co najmniej 3 systemy niskoprądowe opisane w SIWZ, a nie jedynie jedną ze składowych -systemem SAP. Wskazana w referencji integracja instalacji kłap ppoż., wentylacji pożarowej i oddymiania jest częścią składową instalacji SAP w rozumieniu przepisów ppoż. Z przedmiotowych referencji, zdaniem Odwołującego, wynika, że Przystępujący wykonał na obiekcie jedynie 2 systemy SAP i DSO co nie potwierdza spełniania warunku przez tego wykonawcę

Z drugiej referencji, wystawionej przez firmę UTE METRO DE SEVILLA wynika, że roboty, do których się ona odnosi nie zostały jeszcze wykonane. W piśmie z dnia 27 grudnia 2010 r. Przystępujący wyjaśnił, iż 85 % wykonania robót stanowi kwotę ponad dwukrotnie przekraczającą wartość wymaganą przez Zamawiającego dla przedmiotowego postępowania. Powyższe jednak, według Odwołującego, nie ma żadnego znaczenia, bowiem Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się robotami wykonanymi, których

wykonanie będzie potwierdzone przynajmniej protokołem odbioru robót stwierdzającym należyte wykonanie robót na dzień składania ofert, a nie w trakcie wykonywania, stąd wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie mają żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na tłumaczenie przedmiotowych referencji dołączone do oferty, które w jego ocenie jest nieprawidłowe. W tłumaczonym dokumencie nie ma mowy o zaprojektowaniu, a jedynie o wykonaniu instalacji. Powyższe według Odwołującego wskazuje, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Czynność tego wykonawcy nakierowana była na wprowadzenie Zamawiającego w błąd poprzez złożenie nieprawdziwej informacji. Odwołujący przywołał przepis § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zgodnie z którym dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Oznacza to, że wykonawca składając taki dokument przejmuje na siebie odpowiedzialność za jego prawdziwość i zgodność z rzeczywistym stanem prawnym. W tym zakresie - zdaniem odwołującego - Przystępujący powinien zostać wykluczony z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł także, że w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania niedopuszczalne jest uzupełnianie dokumentów.

Podobne argumenty Odwołujący podniósł co do tłumaczenia referencji wystawionych przez EMTE SA, które różni się merytorycznie od dokumentu w języku hiszpańskim. W polskim tłumaczeniu przedmiot zrealizowanego zamówienia obejmuje projektowanie i wykonawstwo, natomiast z dokumentu hiszpańskiego wynika, iż przedmiotem zamówienia jest instalacja. W tym zakresie Odwołujący wskazał także, że referencje te zostały wystawione przez pracownika produkcji zatrudnionego w firmie EMTE S.A. dla firmy EMTE SISTEMAS SAU. a nie przez Zamawiającego, na którego rzecz wykonywane były roboty.

Odwołujący wskazał również, że pomimo wezwania Zamawiającego Przystępujący nie podał kubatury każdego z obiektów, w których wykonana została każda spośród robót budowlanych wskazanych przez tego wykonawcę w załączniku nr 3 do SIWZ. W odpowiedzi wykonawca ten wyjaśnił, że kubatury poszczególnych budynków znajdują się na załączonych listach referencyjnych. Analiza tych dokumentów nie pozwala jednak zgodzić się z tym stwierdzeniem. Przystępujący w uzupełnionym wykazie robót budowlanych wskazał kubaturę tylko dla pierwszej z wykazanych robót, jednak dla pozostałych podał tylko powierzchnię, co nie jest zgodne z warunkiem określonym przez Zamawiającego, który

wyraźnie żądał, aby każda z tych robót została wykonana w obiekcie o kubaturze, co najmniej 20 000 m³

Ponadto Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podniósł, że Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia - 15.963.700,00 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 15.354.168,48 zł brutto, zaś oferta Przystępującego, uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą opiewała na cenę 7.874.465,38 zł netto (9.606.847,76 zł brutto). Według Odwołującego powyższe dowodzi, że cena zaproponowana przez Przystępującego jest ceną rażąco niską. bowiem jak wynika z powyższego, cena oferty najkorzystniejszej jest o ok. 40 % niższa w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że wybranie przez Zamawiającego oferty o około 38 % tańszej niż oferta Odwołującego i ok. 40 % tańszej w stosunku do przedmiotu zamówienia, pozwala na postawienie jej zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący podniósł, że cena oferowana przez Przystępującego jest ceną niewiarygodną, co stanowi podstawę do stwierdzenia, że realizacja przedmiotowego zamówienia będzie odbywała się poniżej kosztów wytworzenia roboty budowlanej i jest ceną nierzetelnie skalkulowaną, co nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia, co stanowi podstawę wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego zaniechał Zamawiający

Przystępujący w złożonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego wskazał na niezasadność zarzutów i żądań zgłoszonych przez Odwołującego. Podkreślił, że co do jego oferty Zamawiający dokonał wnikliwej oceny i analizy, w kwestiach budzących jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiający w dniu 20 grudnia 2010 wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia brakujących dokumentów. W dniu 27 grudnia 2010 r. Przystępujący złożył do Zamawiającego stosowne wyjaśnienia i uzupełnienia. Zamawiający w pełni uznał argumentację i informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach i uzupełnieniach i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Co do zarzutów Odwołującego dotyczących listów referencyjnych Przystępujący powołał się na orzecznictwo Zespołu Arbitrów co do tego, że referencje mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie zadań, a nie zawierać szczegółowe informacje na temat zrealizowanych zamówień. Zdaniem Przystępującego ww. analiza ofert i procedura przetargowa wykonana przez Zamawiającego była wykonana z wymaganą starannością, zarzuty wniesione w odwołaniu przez Odwołującego były wcześniej znane także Zamawiającemu, stanowiły przedmiot jego analizy i oceny, a wyjaśnienia Przystępującego były wystarczające.

Z ostrożności Przystępujący jednak podniósł, że zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 27 grudnia 2010 r., po zakończeniu okresu świątecznego związanego ze Świątami Bożego Narodzenia, Nowym Rokiem oraz Świętem Trzech Króli w Hiszpanii Przystępujący uzyskał i dysponuje i skorygowanymi listami referencyjnymi.

Przystępujący podniósł także, że ustawa Pzp, wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Niemniej wyznacznik ten nie jest wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością, np. poprzez wstawienie do Kosztorysu Inwestorskiego cen cennikowych producentów, dystrybutorów urządzeń i materiałów instalacyjnych (bez rabatów handlowych przyznanych instalatorom) czy też poprzez zawyżone przedmiary lub za wysokie „dane wyjściowe do kosztorysowania” itp. Ponadto, wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w ustawie Pzp, a więc żądania wyjaśnień od oferenta. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. Zaznaczył, że Zamawiający w drodze własnej analizy nie uznał ceny Przystępującego za rażąco niską i nie zażądał od niego stosownych wyjaśnień. Wskazał, że Zamawiający wymagał w SIWZ podania jedynie ceny ogólnej za wykonanie zadania, nie wymagał dołączenia kosztorysu ani w formie szczegółowej, ani w formie uproszczonej. Jedynie forma kosztorysu szczegółowego może wykazać czy cena oferty jest niska, wysoka czy też średnia w przypadku, gdy wpływają tylko dwie oferty. Dopiero taka analiza i porównanie ofert może stanowić podstawę do nadania cenie danej oferty miana „rażąco niskiej”. Bez takiej, dogłębnej analizy kosztorysów szczegółowych poszczególnych oferentów oraz ponownego sprawdzenia przez Zamawiającego kosztorysu inwestorskiego, możnaby także zarzucić Odwołującemu zaoferowanie ceny „rażąco wysokiej”

Przystępujący wskazał na wykonaną analizę kilkudziesięciu przetargów publicznych w okresie ostatnich kilku lat, która wykazała, że jedynym porównywalnym przetargiem był przetarg: „Biblioteka Techniczna i Centrum Wykładowe - faza IVb (instalacje wewnątrz budynkowe i roboty budowlane wykończeniowe)” o sygnaturze AD/ZP/12/10 ogłoszony w 2010 r. przez Zamawiającego, który jednak nie może być brany pod uwagę gdyż do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta, której ceny w związku z powyższym nie można porównać z ceną innej oferty oraz z powodu, że w zakresie tego przetargu była dostawa kosztownej instalacji sterowania i pomiaru dla układu instalacji wodnej wysokociśnieniowej, tryskaczowej i kurtyny przeciwpożarowej EI90.

Przystępujący przedstawił też analizę dotyczącą kilkunastu różnych przetargów publicznych, z której wynika, że różnica pomiędzy ceną najwyższą oferty, a ceną wyłonioną w przetargu nie jest niczym nadzwyczajnym.

Biorąc pod uwagę powyższe Przystępujący we wnioskach końcowych wskazał, że Zamawiający:

- 1) przeprowadził procedurę przetargową zgodnie z Pzp;
- 2) prawidłowo ocenił faktyczną zdolność Przystępującego do realizacji przedmiotu zamówienia;
- 3) nie naruszył interesów żadnego z oferentów, gdyż zgodnie z SIWZ jedynym kryterium wyboru ofert była cena oferty;
- 4) uznał za wystarczające wszelkie wymagane przez Zamawiającego wyjaśnienia i uzupełnienia oferty złożonej przez Przystępującego;
- 5) podjął decyzję zgodną z najlepiej rozumianym interesem publicznym oszczędzając kwotę brutto w wysokości 5 747 333,25 zł, co w okresie kryzysu i konieczności wprowadzania oszczędności budżetowych w każdej dziedzinie życia publicznego stanowi kwotę niebagatelną;
- 6) odrzucił ofertę Odwołującego jedynie z powodu zbyt wysokiej ceny / uzyskania niższej noty.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą określonych zaniechań Zamawiającego. W przypadku uwzględnienia tych zarzutów oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, tym samym wykazywane naruszenia pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co naraża go na poniesienie wymiernej szkody w postępowaniu.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za zasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w oryginale do wglądu Izby w toku rozprawy, w tym w szczególności uwzględniono treść SIWZ, treść oferty Przystępującego oraz pisma Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2010 r., stanowiące wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, pismo Przystępującego z dnia 27 grudnia 2010 r. - odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, pismo Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2011 r. - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba uwzględniła również tłumaczenia przysięgłe przedłożonych przez Odwołującego w toku rozprawy: zaświadczeń z dnia 18 września 2008 r. i 10 listopada 2008 r. o właściwej realizacji robót co do Centralnego Stanowiska Dowodzenia 1 Linii Metra w Sewillii oraz Ciudad de Justicia Barcelony i L'Hospitalet, jak również tłumaczenie zaświadczenia wystawionego przez architekta dyrektora budowy inwestycji nowa budowa kompleksu sądowego Ciudad de la Justicia w Barcelonie i Hospitalet de Llobregat, zlokalizowanego w obrębie HOSPITALET DE LLOBREGAT prowincja Barcelona.

Izba uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w sprawie.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie:

1. Zamawiający w rozdziale XIII SIWZ określił jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu - kryterium ceny.
2. W postępowaniu oferty złożyli dwaj wykonawcy: Przystępujący i Odwołujący.
3. Zamawiający w postanowieniach SIWZ - pkt V.2.2) - określił w następujący sposób warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia: *„Zamawiający uzna za spełnienie przez Wykonawcę przedmiotowego warunku, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał minimum dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała zaprojektowanie i wykonanie instalacji BMS oraz co najmniej trzech różnego rodzaju zintegrowanych ze sobą instalacji, spośród pozostałych instalacji wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niniejszego przetargu, przy czym wartość każdej z tych robót budowlanych wynosi min. 3 000 000,00 zł (trzy miliony złotych*

00/100) brutto oraz każda z tych robót została wykonana w obiekcie o kubaturze, co najmniej 20 000 m³. Jako wykonane roboty budowlane należy rozumieć doprowadzenie realizacji określonych robót budowlanych, co najmniej do wystawienia Protokołu odbioru robót'.

4. Przystępujący na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu w swojej ofercie na str. 12 zamieścił zobowiązanie firmy Emte Sistemas S.A.U. z siedzibą w Madrycie z dnia 19 listopada 2010 r o udostępnieniu potencjału podmiotu trzeciego m.in. w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także na str. 6 oferty zamieścił wykaz robót budowlanych (załącznik nr 3), wskazując tam trzy inwestycje:
 - 1) Projektowanie i Instalacja SAP oraz DSO zintegrowane z budynkowym systemem automatyki pożarowej budynku, w tym systemem klap pożarowych na kanałach wentylacji bytowej, system klap pożarowych na kanałach wentylacji oddymiającej, system oddymiania i zabezpieczenia przed zadymianiem, system oddzieleni pożarowych oraz system nadrzędnym budynku o wartości 7 320 000,00 zł brutto, realizowanej dla LIM Joint Venture Sp. z o.o. w Warszawie;
 - 2) Zaprojektowanie i wykonanie instalacji Centralnego Stanowiska Dowodzenia (PCC) włącznie z instalacjami pomocniczymi (energia, klimatyzacja, system KD i bezpieczeństwa, wykrywania i gaszenia pożarów), wyposażeniem Stanowiska Dowodzenia (sieć lokalna, ściana wizyjna, z 12 ekranami 50", instalacja telefoniczna, system CCTV, system audio), wyposażeniem w sprzęt i oprogramowanie oraz integracja ich aplikacji z Systemem Kontroli o wartości 1 383 814,49 euro dla Sewilla - 1 linia metra;
 - 3) Zaprojektowanie i wykonanie systemu kontroli, systemu głośników i danych systemu bezpieczeństwa o wartości 15 851 000 euro dla Budynków Wymiaru Sprawiedliwości w Barcelonie LHospitalet.
5. Na potwierdzenie prawidłowości realizacji wskazanych robót Przystępujący dołączył do oferty następujące dokumenty:
 - 1) List referencyjny z listopada 2010 r. od LIM Joint Venture Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wystawiony dla Przystępującego (str. 67 oferty);
 - 2) Zaświadczenie z dnia 18 września 2008 r., wystawione przez kierownika ds instalacji w firmie Ute Metro De Sevilla (Konsorcjum Metro Sewilla) dotyczące inwestycji 1 Linii Metra Sewilla, wystawione dla Emte Sistemas Sau. przedstawione w oryginalnej - hiszpańskiej - wersji językowej wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski, (str. 68-70 oferty);

- 3) Materiał informacyjny dotyczący realizacji inwestycji dla 1 linii metra Sewilla (str. 71 oferty);
- 4) Zaświadczenie z dnia 10 listopada 2008 r., wystawione przez wicedyrektora produkcji w firmie EMTE S.A. dotyczące inwestycji Ciudad de Justicia Barcelony i LHospitalet, wystawione dla Emte Sistemas Sau, przedstawione w oryginalnej - hiszpańskiej - wersji językowej wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski (str. 72-74 oferty);
- 5) Materiał informacyjny dotyczący realizacji inwestycji w kompleksie sądowym Miasto Sprawiedliwości Barcelona i LHospitalet (str. 75 oferty);
6. Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2010 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełniania brakujących dokumentów, w tym co do spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wezwał tam do podania kubatury każdego z obiektów, w których została wykonana każda z robót budowlanych wskazanych przez wykonawcę, a także wskazał na niedostateczne udokumentowanie spełniania warunku doświadczenia przez Przystępującego:
 - 1) co do prac z poz. 1 wykazu robót - że inwestycja obejmuje jedynie dwie instalacje, brak wymaganej integracji z BMS, brak podania parametru kubatury;
 - 2) co do prac z poz. 2 wykazu robót - że inwestycja nie wskazuje na zaprojektowanie i wykonanie systemu BMS, a jedynie integrację z tym systemem, treść referencji i jej tłumaczenia znacznie różnią się merytorycznie od dokumentu w języku polskim, nie wynika, że roboty zostały ukończone, a wskazuje się wprost, że wykonano je w 85%;
 - 3) co do prac z poz. 3 wykazu robót - że inwestycja nie wskazuje na integrację wymaganej liczby instalacji, nie wynika wymagane zaprojektowanie i wykonanie systemu BMS, a jedynie integracja z tym systemem, nie wynika wymagana technologia integracji z system BMS, treść referencji w języku hiszpańskim i jej tłumaczenia znacznie różni się merytorycznie od dokumentu w języku hiszpańskim.
7. Przystępujący piśmie z dnia 27 grudnia 2010 r. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, wskazując, iż kubatury poszczególnych obiektów znajdują się na załączonych listach referencyjnych, brakowało tam jedynie kubatury dotyczącej inwestycji dla Lim Joint Venture, którą Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach jako ok. 330 000 m³. Co do wskazanej inwestycji wyjaśnił także, że zaprojektowano i wykonano tam dwa systemy SAP i DSO, które wartościowo

kilkukrotnie przekraczają wartość systemów objętych przedmiotowym zamówieniem.

Co do inwestycji wskazanej w poz. 2 wykazu robót wyjaśnił, że System Kontroli, o którym mowa w referencjach to system BMS, który jest system kontroli dla podłączonych do niego systemów i był on elementem zaprojektowania i dostawy. W tym zakresie Przystępujący wyjaśnił również, że załączona str. 71 oferty karta jest kartą katalogową, a nie tłumaczeniem referencji oraz, że w momencie wystawiania referencji zakres wykonanych dostaw wynosił 85%, natomiast Przystępujący nie jest w stanie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie z uwagi na przerwę świąteczną, dostarczyć referencji wskazujących na 100% wykonania inwestycji, podkreślając jednakże, że wartość wykonanych 85% robót znacznie przekracza wartość wymaganą przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Co do inwestycji wskazanej w poz. 3 wykazu Przystępujący wskazał, że do oferty załączył kartę katalogową inwestycji, która doprecyzowuje zakres listu referencyjnego co do prowadzonych instalacji, gdyż trudno jest uzyskać referencje uniwersalne zawierające wszelkie informacje wymagane przez różnych zamawiających. Z karty katalogowej wynika także zaprojektowanie i wykonanie systemu BMS, zaś integracja pomiędzy systemami następują za pomocą obustronnej wymiany danych. Wyjaśnił także, że karta 75 oferty jest jedynie kartą katalogową dołączoną do oferty, a nie tłumaczeniem listu referencyjnego. Co do nieprawidłowości w tłumaczeniu referencji wskazała też, że jeśli w tłumaczeniu przyjęto 4 instalacje, zaś oryginał wskazuje na pięć należy przyjąć za wiarygodne informacje z oryginału dokumentu referencji.

Przystępujący uzupełnił w ramach wskazanego pisma także nowy dokument wykazu robót, różniący się w stosunku do wykazu załączonego do oferty o wskazanie przy inwestycji z poz. 1 kubatury: 330 000 m³ co do inwestycji z poz 2 - powierzchni: 18 077 m i co do inwestycji z poz. 3 powierzchni: 232 368 m², jak również doprecyzowaniem opisu rodzaju robót wykonywanych w ramach inwestycji z poz. 3. Uzupełnieniu uległ także analogiczny dokument tłumaczenia przysięgłego dotyczący inwestycji z poz. 3, który został załączony do oferty. 8. Zamawiający w piśmie z dnia 7 stycznia 2011 r. poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że Zamawiający w sposób niezasadny dokonał wyboru w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego, z uwagi na to, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że potwierdził się zarzut nie spełniania przez Przystępującego warunku udziału co do wiedzy i doświadczenia, wskazujący na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym w SIWZ opisem sposobu oceny warunku wiedzy i doświadczenia dla Zamawiającego istotne było wykazanie się co najmniej dwoma robotami budowlanymi, które obejmowałyby określony zakres robót budowlanych polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu instalacji BMS oraz co najmniej 3 instalacji wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia. Wartość tych robót wynosić miała minimum 3 000 000 zł brutto (każda), a roboty miały dotyczyć budynków o kubaturze minimum 20 000 m³. W ocenie Izby dwie z trzech wykazanych przez Przystępującego robót nie spełniają wymogów Zamawiającego co do wskazanego warunku. Izba uznała, że prace wykazywane w poz. 1 swoim zakresem obejmowały tylko dwie dodatkowe instalacje, tj. instalację sygnalizacji pożaru i oddymiania oraz instalację dźwiękowego systemu ostrzegawczego. Wskazane instalacje jako dwie z szesnastu możliwych zostały opisane w pkt III.3 SIWZ (ppkt 1.2 i 1.16). Okoliczność ta była bezsporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz Przystępującym. Sam Przystępujący powyższe potwierdził tak w wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu, jak i w toku rozprawy. Tymczasem - zgodnie opisem sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia - w ramach każdej z wykazywanych robót należało wykazać się zaprojektowaniem i wykonaniem instalacji BMS oraz co najmniej trzech różnego rodzaju zintegrowanych ze sobą instalacji. Skoro Przystępujący w ramach wykazywanej inwestycji wykonał tylko dwie instalacje, choćby były one najbardziej skomplikowane, wartościowo, czy przedmiotowo przekraczające wymogi przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu należy podejść w sposób konkretny i ścisły - według wymogów SIWZ. Innego rodzaju podejście skutkuje bowiem naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Co do inwestycji wykazywanej w poz. 2 wykazu robót Izba uznała, że inwestycja ta nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu z racji tego, że przedłożone przez samego Przystępującego wraz z ofertą dokumenty potwierdzają jedynie 85% realizacji prac. Z przedłożonych dokumentów nie wynika zatem, że przedmiotowa inwestycja byłaby w całości wykonana. W przypadku natomiast doświadczenia dotyczącego wykonania robót budowlanych ustawodawca w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które znalazły odzwierciedlenie w opisie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oczekuje się od wykonawców

prezentowania jedynie doświadczenia co do zrealizowanych już robót. Roboty budowlane, które pozostają w toku ich wykonania nie mogą kwalifikować doświadczenia wykonawcy jako wystarczające w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów Izba nie mogła uznać za wystarczającego dokumentu referencji potwierdzającego prawidłowość realizacji prac jedynie w 85%. Ta okoliczność również co do zasady nie była sporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz Przystępującym. Przedłożony dokument (zaświadczenie z dnia 18 września 2008 r.) wprost wskazuje na 85% realizacji inwestycji. Zamawiający w SIWZ dodatkowo określił, że za wykonanie robót budowlanych uzna doprowadzenie realizacji inwestycji co najmniej do wystawienia protokołu odbioru robót. Przystępujący w swojej ofercie nie przedstawił żadnego dokumentu, z którego wynikałoby, że wskazane roboty budowlane zostały doprowadzone do tego momentu. Jego twierdzenia o tym, że co do wskazanej inwestycji został wystawiony protokół odbioru robót, ale wyłącznie ze względu na okres świąteczny nie mógł być on przedstawiony Zamawiającemu w trybie wezwania do uzupełniania dokumentów, nie są wystarczające dla udowodnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiającemu. Należy zatem uznać, że Przystępujący w tym przypadku nie przedłożył Zamawiającemu dokumentu, który potwierdzałby należyte wykonanie w całości robót budowlanych. Przedłożony dokument potwierdza jedynie należyte wykonanie części robót budowlanych, co nie może być stanowić podstawy uznania, że wykonawca spełnia postawiony warunek. Także okoliczność, że już zrealizowane prace w 85% wartościowo przekraczają znacznie wymóg Zamawiającego nie może być uznane za spełnienie wymogów SIWZ, a także obowiązujących przepisów prawa. Izba nie mogła przyjąć za miarodajne w tym zakresie oświadczeń Przystępującego, że dysponuje on protokołem odbioru robót, który potwierdza wykonanie tych robót. Dokument taki należało przedłożyć na zasadach i w trybie przewidzianym w przepisach ustawy Pzp, tj. w ofercie bądź też najpóźniej w terminie przewidzianym na uzupełnienie dokumentów na skutek wezwania skierowanego w tym zakresie do Przystępującego przez Zamawiającego. Przystępujący w tym trybie dokumentów nie uzupełnił, zatem przywoływanie aktualnie w toku rozprawy owych dokumentów nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowości wypełnienia warunków SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone przez Przystępującego tak w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, jak i przed Izbą w toku rozprawy.

Wykazanie w ramach swojej oferty tylko jednej inwestycji, podczas gdy Zamawiający oczekiwał co najmniej dwóch robót budowlanych nie jest wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodzić należy się także z Odwołującym, że Przystępujący tak w ofercie, jak i w uzupełnieniu dokumentów i wyjaśnieniu ich treści nie wskazał - zgodnie z wymogiem Zamawiającego opisanym w SIWZ, jak i na skutek specjalnego wezwania skierowanego do

wykonawcy w tym przedmiocie -w odniesieniu do inwestycji z poz. 2 i 3 wymaganej kubatury budynku. Przystępujący tylko w odniesieniu do inwestycji z poz. 1 w uzupełnieniu dokumentów wskazał na kubaturę (330 000 m³). Co do robót wskazanych w poz. 2 i 3 wykazu wskazano w dołączonych do oferty kartach katalogowych powierzchnię tych budynków oznaczoną w jednostkach m². Powierzchni w m² nie można w żaden sposób utożsamiać z kubaturą budynku oznaczoną w jednostkach m³. Zamawiający w tym zakresie słusznie wezwał Przystępującego do stosownych wyjaśnień, które jednakże nie zostały przez wykonawcę udzielone. Uwzględniając powyższe oraz treść oferty i wyjaśnień Przystępującego brak było podstaw do domniemania kubatury budynków wykazywanych w ramach prezentowanych inwestycji. Na kubaturę budynku w niniejszym przypadku nie może wskazywać wyłącznie powierzchnia budynku, w sposób pośredni nie wskazują na nią także informacje zawarte w referencjach, czy też kartach katalogowych dotyczących wykazywanych inwestycji.

Tym samym zatem Izba uznała, że Przystępujący nie udowodnił Zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia, a to na nim - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - spoczywa w tym zakresie ustawowy obowiązek wykazania Zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp dał Przystępującemu możliwość wykazania, że spełnia on wskazany warunek, także poprzez możliwość uzupełniania dokumentów, z której to możliwości Przystępujący nie skorzystał, przedstawiając w uzupełnieniu dokumentów wykaz robót (załącznik nr 3) z takimi samymi inwestycjami co wskazane w wykazie zawartym w ofercie.

Należy także podkreślić, że braki dotyczące udokumentowania wiedzy i doświadczenia Przystępującego nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że Zamawiający we wskazanym zakresie już raz korzystał z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który z racji jego wyjątkowości nie może być stosowany w sposób rozszerzający, tzn. - w ocenie Izby - wskazany przepis pozwala na jednokrotne uzupełnianie danych dokumentów w postępowaniu, co jednolicie potwierdza dotychczasowe orzecznictwo KIO i sądów okręgowych.

W drugiej kolejności Izba odniosła się do zarzutów dotyczących podania nieprawdziwych informacji w ofercie Przystępującego, tj. co do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący zakwestionował podanie w ofercie Przystępującego nieprawdziwych informacji co do prac wykazanych w poz. 2 i 3 wykazu robót, w tym przede wszystkim co do tego, że zakresem obydwu zamówień nie było objęte projektowanie prac, a wyłącznie wykonawstwo. Izba dysponowała w tym przedmiocie dowodami w postaci tłumaczeń tłumacza języka hiszpańskiego dwóch dokumentów - zaświadczeń z dnia 18 września i 10 listopada 2008 r. W tłumaczeniach tych samych

dokumentów również sporządzonych przez tłumacza przysięgłego języka hiszpańskiego załączonych do oferty inwestycji przetłumaczono jako:

„Projektowanie i wykonanie instalacji Centralnego Stanowiska Dowodzenia (PCC) 1 Linii Metra w Sewilli” i

„Projektowanie i wykonawstwo instalacji w Ciudad de Justicia Barcelony i L'Hospitalet”.

Tymczasem w tłumaczeniach przysięgłych przedstawionych przez Odwołującego nazwę inwestycji przetłumaczono jako:

„Wykonanie instalacji Stanowiska Centralnego Sterowania (PCC) Linii 1 Metra w Sewilli” i

„Instalacje w kompleksie sądowym Ciudad de la Justicia w Barcelonie i L'Hospitalet”.

Izba, biorąc pod uwagę równorzędność dowodów przedstawionych przez Przystępującego (tłumaczenia przysięgłe zawarte w ofercie) i przez Odwołującego (tłumaczenia przysięgłe przedstawione na rozprawie) stwierdziła, iż w tym przypadku mamy do czynienia z domniemaniem prawidłowości i wiarygodności tłumaczenia przysięgłego sporządzonego przez tłumacza przysięgłego, który jest osobą zaufania publicznego. Izba nie mogła stwierdzić braku wiarygodności jednego dokumentu sporządzonego przez tłumacza przysięgłego jedynie na podstawie odrębnego równoważnego tłumaczenia dokumentów, sporządzonego przez innego tłumacza przysięgłego i uznać, że tłumaczenie załączone do oferty są nieprawidłowe. W obydwu przypadkach tłumaczenia dokonane zostały na rzecz osób prywatnych, a nie organu, stąd też jedynym możliwym i ostatecznym rozstrzygnięciem prawidłowości i wiarygodności przedłożonych w ofercie tłumaczeń byłoby powołanie biegłego tłumacza przysięgłego przez Izbę, o co jednak Odwołujący nie wnioskował. Tym samym jedynie na podstawie przedstawionych dowodów w sprawie i biorąc pod uwagę ciężar dowodowy spoczywający na Odwołującym, Izba nieprawdziwych informacji stwierdzić nie mogła.

Biorąc jednak pod uwagę dodatkowy dowód przedłożony w niniejszej sprawie w toku rozprawy przez Odwołującego, tj. tłumaczenie zaświadczenia wystawionego przez architekta dyrektora budowy inwestycji nowa budowa kompleksu sądowego Ciudad de la Justicia w Barcelonie i Hospitalet de Llobregat, zlokalizowanego w obrębie HOSPITALET DE LLOBREGAT prowincja Barcelona, Izba stwierdziła, że co do tej inwestycji Przystępujący podał nieprawdziwe informacje. Przedłożone tłumaczenie przysięgłe dotyczy inwestycji, którą Przystępujący wykazał w poz. 3 wykazu robót, czemu Przystępujący nie zaprzeczył. Powyższe tłumaczenie dotyczy dokumentu zaświadczenia wystawionego w związku z realizacją wskazanych tam robót realizowanych dla Departamentu Sprawiedliwości Państwa m.in. w 22% przez firmę Ferrovial, właściciela firmy Budimex S.A. Treść tego dokumentu wskazuje wyraźnie, że zakresem prac objęte było wykonawstwo robót budowlanych, a nie

projektowanie. Opis wskazanych tam prac w podziale na jednostkowe projekty (etapy od 1 do 5) ze szczegółowym opisem robót w poz. od A1 do K9 wyraźnie wskazuje, że we wskazanej inwestycji mieliśmy do czynienia wyłącznie wykonawstwem robót budowlanych, co do których poszczególni wykonawcy mieli obowiązek przygotować także projekty powykonawcze. Powyższe w żadnej mierze nie może jednak wskazywać na to, że wskazani tam wykonawcy, tj. m.in. firma Ferrovia, czy też firma Emte, na której doświadczenie Przystępujący powołuje się, a która to firma wykonywała w tym projekcie 5% wielkości robót, sporządzali także dokumentację projektową dla wskazanej inwestycji. Z tych też względów Izba uznała, że Przystępujący, który w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu złożył w załączniku nr 3 - wykaz robót - oświadczenie o wykonywaniu do inwestycji z poz. 3 także prac projektowych, podał nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wyniki postępowania, tj. wybór oferty tego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym Izba stwierdziła naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz uwzględniając alternatywny wniosek w tym przedmiocie złożony przez Odwołującego w toku rozprawy Izba nie rozpoznawała zarzutów odwołania odnoszących się do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełniania dokumentów oraz naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny wykonawcy. Odwołujący w sposób alternatywny wnosił o nierozpoznawanie tych zarzutów w sytuacji ewentualnego uwzględnienia zarzutów dotyczących wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. wskazanych w treści odwołania w zakresie rozpoznawanym przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, uznając jednocześnie, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła również dyspozycję § 5 ust. 3 pkt 1) w zw. z § 3 ust. 2 lit. b 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) -zasadzając - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku -uzasadnione koszty Odwołującego, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, ograniczając ich wysokość do kwoty 3 600 zł określonej przepisami wskazanego rozporządzenia.

Przewodniczący: