

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2013 r. przez wykonawcę **MGGP Aero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 33-100 Tarnów, ul. Słowackiego 33-37** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Rzeszów, 35-065 Rzeszów, ul. 8-go Marca 8,**

przy udziale wykonawcy **VISIMIND Ltd Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 10-699 Olsztyn, ul. Jarocka 34,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MGGP Aero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 33-100 Tarnów, ul. Słowackiego 33-37** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od wykonawcy **MGGP Aero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 33-100 Tarnów, ul. Słowackiego 33-37** na rzecz zamawiającego **PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Rzeszów, 35-065 Rzeszów, ul. 8-go Marca 8** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1786/13

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie - prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia sektorowego - dostawy, pod nazwą „Dostawa informacji cyfrowej dla kompleksowego zarządzania istniejącą siecią 110kV na terenie PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów”.

Ze względu na wartość zamówienia ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10/04/2013 r., numer i pozycja - 2013/S 070-116936.

I. Wykonawca MGGP Aero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, zwany w skrócie „odwołującym”, jako jeden z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu przez złożenie oferty, wniósł na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, odwołanie wobec czynności podjętych przez zamawiającego, polegających na:

- 1) wykluczeniu odwołującego z postępowania, pomimo braku podstaw do wykluczenia, gdyż odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”,
- 2) uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą, pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności,
- 3) wyborze, jako najkorzystniejszej oferty drugiego wykonawcy - VISIMIND Ltd Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie - pomimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
ponadto, z ostrożności odwołujący wniósł również odwołanie od braku czynności zamawiającego, polegającego na:
 - 4) zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, potwierdzających, że odwołujący dysponuje wiedzą i doświadczeniem - wymaganymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, w sytuacji, gdy złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu lub budziły wątpliwości.

Zaskarżanym czynnościom i zaniechaniu zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy nie zachodziły ku temu przesłanki, przez

uznanie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy posiada on odpowiednią wiedzę i doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia, co wynika ze znajdujących się w aktach sprawy dokumentów,

- 2) art. 24 ust. 4 przez uznanie za odrzuconą ofertę odwołującego, w sytuacji, gdy brak było ku temu podstaw,
- 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 przez wybór oferty wykonawcy VISIMIND Ltd Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, pomimo, iż to oferta odwołującego, winna zostać uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 Pzp i nie podlegającą odrzuceniu,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że jedynie wykonawca VISIMIND Ltd Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu z postępowania, przy jednoczesnym bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego, którego oferta jest znacznie korzystniejsza od oferty VISIMIND Ltd Sp. z o.o.; zamawiający przez czynności i zaniechania utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając odwołującemu uzyskanie zamówienia, pomimo spełniania przez niego wszystkich warunków i którego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a ponadto korzystniejsza niż oferta wykonawcy bezpodstawnie faworyzowanego przez zamawiającego - VISIMIND Ltd Sp. z o.o., co doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, powodując naruszenie art. 7 ust. 3, ponadto, z ostrożności odwołujący zarzucił również:
- 5) naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 4 przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że posiada on wiedzę i doświadczenie wymagane w SIWZ oraz zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów odnoszących się posiadanej wiedzy i doświadczenia wskazanych w ofercie.

Odwołujący stwierdził, że interes *prawny* odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, mającego istotny wpływ na wynik postępowania, wobec tego, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie odwołania i jego uwzględnienie w całości oraz nakazanie zamawiającemu:
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty VISIMIND Ltd Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej,
- 3) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- 4) powtórzenia badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz oceny ofert złożonych w postępowaniu, w

tym

oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,

- 5) prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
ponadto, z ostrożności wniósł również o:
- 6) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia procedury uzupełniania dokumentów i wyjaśnień odnośnie oferty odwołującego, o której mowa w art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp.

Nadto, odwołujący żądał:

- 1) przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.
- 2) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał okoliczności świadczące o: zachowaniu terminu do wniesienia odwołania (powzięcie informacji o czynnościach i zaniechaniu czynności zamawiającego w dniu 12 lipca 2013 r.) oraz spełnieniu przesłanek warunkujących wniesienie odwołania (czynności i zaniechania zamawiającego godzą w interes odwołującego, odwołujący zaoferował niższą cenę oferty od ceny oferty drugiego wykonawcy, przy jedynym kryterium oceny ofert - cena).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty złożyli dwaj wykonawcy - odwołujący i VISIMIND Ltd Sp. z o.o.

Wskazał postanowienia SIWZ (VII. pkt 1. lit c) - wymagania odnośnie warunków do spełnienia przez wykonawców: „Informacja o warunkach, jakie muszą spełniać wykonawcy. 1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą uczestniczyć wykonawcy, którzy: (-) c) wykonali w czasie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 zamówienia polegające na dostawie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie infrastrukturą elektroenergetyczną sieci o napięciu 110 kV lub wyższym, wraz z wykonaniem paszportyzacji tej sieci na podstawie inspekcji lotniczej z wykorzystaniem oblotu (dokumentacja fotograficzna, w tym stereoskopowa linii, diagnostyka linii metodą termowizyjną, dostarczenie przestrzennego modelu ukształtowania terenu wzdłuż linii WN pochodzącego ze skanera laserowego) o sumarycznej długości, co najmniej 500 km każda, wraz z dostarczeniem dedykowanego oprogramowania klasy GIS wykorzystywanego do inspekcji, oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej, dla operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego”.

Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 3 do SIWZ zamawiający wymagał zestawu dokumentów załączonych do oferty: „Zestaw dokumentów wymaganych od wykonawców

biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, a wśród nich pod pozycją 11 zamawiający podał: „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 usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wg rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.)”.

Odwołujący podał, że na str. 32 oferty zamieścił „wykaz wykonanych zamówień”, których przedmiotem była:

„1. Dostawa systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie infrastrukturą elektroenergetyczną sieci wraz z wykonaniem paszportyzacji tej sieci na podstawie inspekcji lotniczej z wykorzystaniem oblotu wraz z dostarczeniem dedykowanego oprogramowania klasy GIS wykorzystywanego do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej dla operatora systemu dystrybucyjnego w ramach projektu: „Wykonanie usług z użyciem śmigłowca w napowietrznych liniach przesyłowych najwyższych napięć w zakresie oględzin planowych oględzin awaryjnych i kontrolnych, diagnostyki termowizyjnej 800 km linii, diagnostyki metodą CORONA 200 km, dostawa dedykowanego oprogramowania do analiz wyników rejestracji oględzin planowych i diagnostycznych dla PSE Operator S.A.”.

Odwołujący podał, że wskazał w wykazie, iż podmiotem, który bezpośrednio zlecił odwołującemu realizację prac dla PSE Operator S.A. była firma Eltel Networks Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, będąca bezpośrednim wykonawcą prac dla PSE Operator S.A.

„2. Dostawa systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie infrastrukturą elektroenergetyczną sieci wraz z wykonaniem paszportyzacji tej sieci na podstawie inspekcji lotniczej z wykorzystaniem oblotu wraz z dostarczeniem dedykowanego oprogramowania klasy GIS wykorzystywanego do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej dla operatora systemu dystrybucyjnego w ramach projektu: „Skaning laserowy linii 400, 220 i 110 kV wraz z rejestracją termowizji oraz instalacją oprogramowania klasy GIS dla ELEKTRO-SŁOWENIA w ilości powyżej 500km”.

Prace te realizowane były dla Elektro - Słowenia Sp. z o.o. z siedzibą w Lublanie.

„3. Dostawa systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie infrastrukturą elektroenergetyczną sieci wraz z wykonaniem paszportyzacji tej sieci na podstawie inspekcji lotniczej z wykorzystaniem oblotu wraz z dostarczeniem dedykowanego oprogramowania klasy GIS wykorzystywanego do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej dla operatora systemu dystrybucyjnego w ramach projektu: „Inspekcja linii przesyłowych: 110

kV, 220 kV i 420 kV metodą skaningu laserowego i kamery termowizyjnej IR przy użyciu helikoptera o łącznej długości powyżej 800 km oraz instalacja dedykowanego programu klasy GIS wraz z bazą danych dla Państwowego Przedsiębiorstwa Elektromreża Srbije”.

Prace realizowane były dla Państwowego Przedsiębiorstwa Elektromreża Srbije z siedzibą w Belgradzie.

W odniesieniu do zamówienia nr 1 odwołujący przedłożył referencję wystawioną przez Eitel Networks Rzeszów S.A., z której jednoznacznie wynika, że odwołujący wykonywał wskazane w wykazie prace, a rzeczywistym (końcowym) odbiorcą prac była PSE Operator S.A., jak również, że prace te, pomimo napiętego harmonogramu robót, odwołujący wykonał należycie.

W odniesieniu do prac wskazanych w punkcie 2 i 3 odwołujący wskazał, że korzysta z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego - Flycom Spółki z o.o. z siedzibą w Moste. Również i co do tych prac, wraz z ofertą zostały przedłożone dokumenty potwierdzające wykonanie ich w sposób należyty. Referencje zostały wystawione przez Elektro-Słowenia Sp. z o.o. z siedzibą w Lublanie oraz Państwowe Przedsiębiorstwo Przesyłu Energii Elektrycznej i Kontroli Systemu Przesyłowego Elektromreża Srbije z siedzibą w Belgradzie.

Odwołujący podniósł, że również wykonawca VISIMIND Ltd Sp. z o.o. przedłożył wraz z ofertą (str. 15 i 16) wykaz prac, z lakonicznym wskazaniem ich nazw/opisu, dołączając dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, nie zawierające szczegółowych danych nt. poszczególnych prac. Zamawiający nie wzywał wykonawcy VISIMIND Ltd Sp. z o.o. do wyjaśnienia/uzupełnienia treści oferty ani załączonych do niej dokumentów.

Przedłożone zarówno przez odwołującego, jak i VISIMIND Ltd Sp. z o.o. dokumenty, potwierdzające należyte wykonanie prac wymienionych w wykazach nie opisują w sposób szczegółowy zakresu prowadzonych w ramach danego przedsięwzięcia czynności, tym niemniej potwierdzają, że dane prace zostały wykonane należycie.

Odwołujący wskazał, że w toku badania ofert był wzywany pismem z dnia 12 czerwca 2013 r. do dostarczenia wypełnionego załącznika nr 2.1. do SIWZ, z uwagi na fakt, że w formularzu załączonym do oferty punkt 4 załącznika 2.1 do SIWZ omyłkowo pozostawił bez wypełnienia. W piśmie tym zamawiający wezwał również do wykazania posiadania należytego umocowania osoby podpisującej dokument na karcie 38 oferty oraz wskazania pełnych danych podmiotu składającego zamieszczone tam oświadczenie. Odwołujący uzupełnił w sposób prawidłowy wskazane przez zamawiającego dokumenty i dane, przed upływem wyznaczonego terminu (pisma: zamawiającego z dnia 12 czerwca 2013 r. W/2013/6/1301, odwołującego z dnia 18 czerwca 2013 r. znak L.Dz.: 38/06/2013 wraz z

załącznikami).

Ponadto, w dniu 17 czerwca 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego „do uzupełnienia następujących dokumentów wymaganych w SIWZ, rozdział VII, pkt 1 c:

1. Żadna z referencji nie potwierdza wykonania usług polegających na dostarczeniu dokumentacji fotograficznej linii z wykorzystaniem techniki stereoskopowej.
2. Firma Eltel Networks Rzeszów S.A. nie jest operatorem dystrybucyjnym lub przesyłowym.
3. Brak potwierdzenia dostarczenia dokumentacji fotograficznej linii w referencjach Flycom d.o.o.
4. Brak zakresu czasowego wykonanych usług oraz liczby projektów składających się na podany zakres kilometrowy w projekcie dla Elektromreża Srbije”.

Odwołujący odniósł się do wezwania zamawiającego pismem z dnia 24 czerwca 2013 r. i oświadczył, że spełnia wszystkie warunki przedstawione w SIWZ, zwłaszcza dotyczące wiedzy i doświadczenia. Na potwierdzenie powyższego, przedłożył w załączeniu oświadczenie Flycom d.o.o. oraz następujące wyjaśnienie, potwierdzając:

1. Wykorzystanie każdorazowo fotogrametrycznych technik fotografii stereoskopowych;
2. Wykonanie usług dla PSE Operator S.A. (referencja z projektu Eltel Networks Rzeszów S.A.);
3. Dostarczenie dokumentacji fotograficznej przez Flycom d.o.o. w wykonanych usługach;
4. Zakres czasowy wykonanych usług oraz liczbę projektów składających się na podany zakres kilometrowy w projekcie Elektromreża Srbije.

W piśmie tym odwołujący wskazał również, że w każdym z przedstawionych w wykazie projektów stosowano każdorazowo fotogrametryczne techniki fotografii stereoskopowych z wykorzystaniem cyfrowych kamer, czyli wykonywaniu zdjęć w oparciu o bazę pozwalającą w konsekwencji na obserwację stereoskopową. Metody te pozwalały na analizę obrazów z efektem widzenia przestrzennego reprezentującym takie elementy jak kształt, kolor a przede wszystkim wzajemne zależności przestrzenne (głębina sceny). Techniki stereoskopowe to powszechnie i często stosowane metody analiz i obserwacji obiektów w fotogrametrii cyfrowej.

W odniesieniu do rzekomego braku wymienionego w punkcie 2 wezwania, odwołujący wskazał, że firma Eltel Networks Rzeszów S.A. nie jest wprawdzie operatorem systemu dystrybucyjnego lub przesyłowego, tym niemniej nie oznacza to, że zgodnie z punktem 1.c. rozdziału VII SIWZ, odwołujący nie wykonał zamówienia dla operatora systemu dystrybucyjnego. Zamawiający nie wymagał przedstawienia referencji wystawionych tylko i wyłącznie „przez” operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego.

Zgodnie z brzmieniem opisu SIWZ zamawiający wymagał przedstawienia potwierdzenia wykonanych i dostarczonych usług dla operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego. Czyli przedstawiona przez odwołującego referencja potwierdza, że zamawiającym i ostatecznym odbiorcą wykonanych usług był PSE Operator S.A., a zatem operator systemu dystrybucyjnego. Odwołujący, jako zgłoszony i dopuszczony do realizacji usług podwykonawca, od początku był odpowiedzialny za zapewnienie technologii, planowanie i realizację oblotów, przetwarzanie i analizy danych oraz dostawę oprogramowania i szkolenia dla pracowników PSE Operator S.A. Zatem, zgodnie z wymaganiami SIWZ odwołujący spełnia w całości wymogi punktu 1.c rozdziału VII SIWZ.

Do pisma odwołujący załączył również oświadczenie Flycom d.o.o. o wykorzystywaniu w ramach prac wymienionych w wykazie pod pozycją nr 2 i 3 fotogrametrycznych technik fotografii stereoskopowych (*pisma: zamawiającego z dnia 17 czerwca 2013 r., odwołującego z dnia 24 czerwca 2013 r. wraz z załącznikiem*). Z treści pisma zamawiającego z dnia 12 lipca 2013 r. (wybór oferty) wynika, że wyjaśnienia i uzupełnienia odwołującego zawarte w piśmie z dnia 24 czerwca 2013 r. odnośnie punktów 1 i 4 wezwania zamawiającego z dnia 17 czerwca 2013 r., zamawiający uznał za wystarczające. W zakresie odnoszącym się do uwag zamawiającego (pkt 2 i 3 wezwania), że: 1. Firma Eltel Networks Rzeszów S.A. nie jest operatorem dystrybucyjnym lub przemysłowym, 2. Brak potwierdzenia dostarczenia dokumentacji fotograficznej linii w referencjach Flycom d.o.o., zamawiający uznał za niewystarczające i na tej podstawie przyjął, że odwołujący nie spełnia warunków odnoszących się do posiadania wiedzy i doświadczenia określonych w SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się z takim stanowiskiem. Po pierwsze, z przedłożonych przez odwołującego dokumentów wprost wynika, że w ramach prac wykonywanych przez Flycom d.o.o., wskazanych w wykazie załączonym do oferty odwołującego, podmiot ten dostarczał również dokumentację fotograficzną. Mowa jest o tym zarówno w uzupełnieniu oferty z dnia 24 czerwca 2013 r., jak i w oświadczeniu Flycom d.o.o. z dnia 21 czerwca 2013 r. W ocenie odwołującego, dokumenty w sposób nie budzący wątpliwości dowodzą zakresu prowadzonych prac. Brak jest również podstaw do przyjęcia, jak to czyni zamawiający, że potwierdzenie spełniania każdego z warunków udziału w postępowaniu winno znaleźć się w stosownych referencjach, a nie tylko w oświadczeniach przedkładanych przez wykonawcę. Stanowisko prezentowane w tej materii przez odwołującego znajduje potwierdzenie w szeregu orzeczeń przedstawionych poniżej.

Po drugie, w ocenie odwołującego, brak jest zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ wymogu wskazującego na obowiązek przedłożenia referencji potwierdzających należyte wykonanie prac wystawionych przez operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przemysłowego. Jako warunek udziału w postępowaniu wskazane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu odpowiednich prac dla

operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego. Zamawiający nie wymagał również by prace te miały być wykonywane w oparciu o umowę bezpośrednio łączącą takie podmioty, co oznacza, że zamawiający dopuszczał możliwość realizacji takich prac przez podwykonawców dla operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego za pośrednictwem głównego wykonawcy. Istotny w tym zakresie winien być finalny odbiorca prac, a nie jedynie formalne zależności pomiędzy poszczególnymi podmiotami. Z dokumentacji przetargowej wynika, że zamawiający nie kwestionuje w żadnym zakresie faktu wykonywania przez odwołującego wskazanych w ofercie prac dla operatora systemu dystrybucyjnego, a jedynie nie uznaje tych prac z uwagi na brak przedłożenia referencji potwierdzających należyte wykonanie tych prac wydanych właśnie przez operatora systemu dystrybucyjnego. Co istotne, zamawiający nie kwestionuje również faktu należytego wykonania zadania określonego w pozycji 1 wykazu załączonego do oferty, gdzie należyta jakość potwierdzają referencje otrzymane przez odwołującego od Eltel Networks Rzeszów S.A., z którym z kolei odwołujący był związany bezpośrednią umową. W tych okolicznościach, w ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego należy uznać za wadliwe, bowiem referencje przedłożone przez odwołującego winny być uznane, jako wystarczające.

Ponadto, w treści pisma z dnia 12 lipca 2013 r. - wybór najkorzystniejszej oferty - zamawiający zarzucił odwołującemu, że w zakresie zadania wskazanego pod pozycją 1 wykazu przedłożone do oferty referencje nie obejmują dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej. W ocenie odwołującego, zarzuty są całkowicie nietrafne, bowiem jak wynika z treści przedłożonego wykazu, prace realizowane przez odwołującego na kontrakcie obejmowały swym zakresem zarówno dostarczenie dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentację sieci elektroenergetycznej. Wynika to z treści przedłożonego wykazu, ponadto zostało potwierdzone w piśmie odwołującego z dnia 24 czerwca 2013 r. Jak wyżej wskazano, funkcją przedłożonych referencji jest potwierdzenie należytego wykonania wskazanych w wykazie prac, a nie opisanie w sposób szczegółowy zakresu wykonywanych na zadaniu czynności.

Z lektury dokumentów oraz rozstrzygnięcia przetargu można odnieść wrażenie, zdaniem odwołującego, że zamawiający zdaje się bezpodstawnie poddawać w wątpliwość prawdziwość informacji podawanych przez odwołującego w toku postępowania. Odwołujący oświadczył w tym miejscu, że wszystkie podane przez niego informacje są prawdziwe, a zamawiający nie ma podstaw do podważania wiarygodności danych wskazanych w wykazie jak i późniejszych dokumentach przedkładanych w postępowaniu. Odwołujący nie posiada zresztą i posiadać nie może żadnych danych wskazujących jakoby prace realizowane na poszczególnych kontraktach wskazanych w wykazie prac nie obejmowały swym zakresem

czynności (nie spełniały parametrów) wskazanych przez odwołującego, tożsamych z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w SIWZ. Co więcej, w przypadku gdyby nawet stanowisko zamawiającego w odniesieniu do pracy wykazanej w pozycji 1 wykazu, w części odnoszącej się do dostarczenia dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej było uzasadnione, to i tak w takiej sytuacji zamawiający byłby zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, gdyż dotychczas zamawiający przedmiotowych okoliczności nie badał, a w każdym bądź razie nie wzywał odwołującego w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnień. Tym samym nie byłoby możliwe dokonanie przez zamawiającego zgodnego z prawem wykluczenia odwołującego z postępowania z powołaniem się na wyżej wskazaną przyczynę, bez dokonania uprzednio wezwań określonych w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Odwołujący w tym miejscu, jedynie z ostrożności, wskazał, że posiada list referencyjny od Eltel Networks Rzeszów S.A. potwierdzający, że ujęta w wykazie pod pozycją nr 1 praca, wykonana przez odwołującego, spełniała wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ, w tym w szczególności obejmowała swym zakresem również „dostarczenie dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej dla PSE Operator S.A.”. W ocenie odwołującego przedłożenie listu jest zbędne, gdyż wszystkie opisane w nim dane zawarte są w treści wykazu i dotychczas przedłożonej referencji, tym niemniej odwołujący przedłożył list, by wyeliminować ewentualne wątpliwości (list referencyjny z dnia 17 lipca 2013 r.).

Reasumując, z dokumentacji przetargowej, a w szczególności z przedłożonego przez odwołującego wykazu prac oraz z treści uzupełnienia oferty z dnia 24 czerwca 2013 r. wynika jednoznacznie, że odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności warunki dotyczące posiadania wymaganych przez zamawiającego w SIWZ wiedzy i doświadczenia.

Przedstawione stanowisko odwołującego oraz postrzeganie poszczególnych kwestii, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych. Odwołujący wskazał wyroki KIO: z dnia 21 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 257/11; z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 306/12; z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt KIO 514/12; z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 4/13; z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 12/13.

Odwołujący uznał, że powyższe przesądza, iż w oparciu o wykaz usług i złożone w dniu 24 czerwca 2013 r. dokumenty, z których wynika spełnianie przez odwołującego warunków

udziału w postępowaniu, zamawiający winien uznać, że odwołujący spełnia warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, w szczególności, gdy zamawiający nie kwestionował faktu odnoszenia się przedłożonych referencji do prac przedstawionych w wykazie.

Ponadto, odwołujący wskazał na obowiązek ewentualnego wezwania odwołującego w zakresie realizacji przez niego w ramach prac wykazanych w pozycji nr 1 wykazu, do dostarczenia dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej. Obowiązek taki potwierdzają orzeczenia: wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt VIII Ga 137/12 (w uzasadnieniu Izba podała poprawione - rok wydania orzeczenia sądu oraz sygnaturę akt): „Dokument potwierdzający, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie musi zawierać treść, która w danym postępowaniu, mając na uwadze całą specyfikę zamówień publicznych, pozwoli na dokonanie tej oceny. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego, zindywidualizowanego warunku, bądź też, że dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac”. Ponadto wskazał również wyroki KIO: z dnia 14 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1042/08; z dnia 27 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2660/10; z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 281/12 oraz KIO 290/12; z dnia 17 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 659/12; z dnia 26 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1220/12; z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1418/12.

W tym stanie rzeczy, podniesione zarzuty wydają się w pełni uzasadnione, w ocenie odwołującego, i w związku z tym odwołujący wniósł jak w *petitum* odwołania.

II. Zamawiający - PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie wniósł odpowiedź na odwołania, składając pismo na rozprawie. Zamawiający wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości, 2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą VAT.

Zamawiający uznał odwołanie za bezzasadne, podając w uzasadnieniu następującą argumentację. Zgodnie z wymogami stawianymi wykonawcom w rozdziale VII pkt 1 c SIWZ w postępowaniu mogli uczestniczyć wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 3 lat

przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 zamówienia polegające na dostawie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie infrastrukturą elektroenergetyczną sieci o napięciu 110 kV lub wyższym, wraz z wykonaniem paszportyzacji tej sieci na podstawie inspekcji lotniczej z wykorzystaniem oblotu (dokumentacja fotograficzna, w tym stereoskopowa linii, diagnostyka linii metodą termowizyjną, dostarczenie przestrzennego modelu ukształtowania terenu wzdłuż linii WN pochodzącego ze skanera laserowego) o sumarycznej długości, co najmniej 500 km każda, wraz z dostarczeniem dedykowanego oprogramowania klasy GIS wykorzystywanego do inspekcji, oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej, dla operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego.

Zgodnie z punktem 11 załącznika nr 3 do SIWZ, na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca winien przedłożyć wykaz wykonanych głównych dostaw wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie w myśl rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów precyzuje w § 1 ust. 2, że dowodami wykazującymi należyte wykonanie usług są: poświadczenie lub oświadczenie wykonawcy (w przypadku, gdy z przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia).

Wykonawca nie wskazywał na jakiegokolwiek przyczyny mające utrudnić bądź uniemożliwić uzyskanie poświadczeń. Dlatego też należało uznać, że dowodami wykazującymi należyte wykonanie usług w zakresie wymaganym w rozdziale VII pkt 1 c SIWZ mogą być wyłącznie poświadczenia.

Odwołujący przedłożył wykaz trzech usług wykonanych na rzecz następujących zamawiających: 1) Eltel Networks Rzeszów S.A. z siedzibą w Widelce; 2) Elektro-Słowenia sp. z o.o. z siedzibą w Lublanie; 3) Elektromreža Srbije z siedzibą w Belgradzie.

Na dowód należytego wykonania usług odwołujący przedstawił następujące poświadczenia: 1) poświadczenie Eltel Networks z dnia 16.05.2013 r., zgodnie z którym odwołujący wykonał część projektu dla PSE Operator S.A. w zakresie związanym z oblotami sieci wysokich napięć, opracowania ekspertyz na podstawie zdjęć pionowych, ukośnych, termowizyjnych i danych pochodzących z skaningu laserowego; 2) poświadczenie Elektro-Słowenia sp. z o.o.

z dnia 10.05.2013 r., zgodnie z którym firma Flycom sp. z o.o. udostępniająca odwołującemu zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonała termowizję linii, skaningu laserowy wraz z przetworzeniem oraz dostarczyła oprogramowanie klasy GIS; 3) poświadczenie Elektromreża Srbije z dnia 14.05.2013 r., zgodnie z którym firma Flycom sp. z o.o. wykonała inspekcję linii przesyłowych metodą skaningu laserowego i kamery termowizyjnej IR oraz zainstalowała program klasy GIS wraz z bazą danych.

Przedłożone przez odwołującego referencje szczegółowo opisywały przedmiot zamówienia i jak to wynika z ich treści, żadna z nich nie potwierdza wykonania w całości usług wymaganych w rozdziale VII pkt 1 c SIWZ i wskazanych przez odwołującego w Wykazie wykonanych zamówień. Referencje szczegółowo i w sposób zupełny wskazują czynności wykonywane przez odwołującego w ramach zamówienia. Referencje nie poświadczają realizacji zamówień w zakresie dostarczenia dokumentacji fotograficznej linii z wykorzystaniem techniki stereoskopowej, wbrew wymogom postawionym przez zamawiającego w rozdziale VII pkt 1 c SIWZ. Poświadczenia pochodzące od Elektro-Słowenia sp. z o.o. oraz Elektromreża Srbije nie obejmowały potwierdzenia dostarczenia przez firmę Flycom sp. z o.o. dokumentacji fotograficznej linii.

Referencja wystawiona przez Eltel Networks nie obejmuje dostarczenia dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej. Dodatkowo poświadczenie udzielone przez firmę Eltel Networks nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż zamawiający postawił wymóg wykonania zamówień dla operatora systemu dystrybucyjnego lub przesyłowego, gdy tymczasem przedsiębiorstwo Eltel Networks takim operatorem nie jest. Sformułowanie zawarte w treści rozdziału VII pkt 1 c SIWZ: „zamówienia (...) dla operatora” wskazuje jednoznacznie na zakres podmiotowy stron zamówienia, będącego przedmiotem żądania, w których jedną ze stron jest wykonawca biorący udział w postępowaniu, a drugą jest operator systemu dystrybucyjnego lub przesyłowego. Dlatego też poświadczenie należytego wykonania usługi może pochodzić wyłącznie od operatora, jako że on powinien być stroną zrealizowanej usługi. Odmienne rozumienie przedmiotowego zapisu SIWZ oznaczałoby, że wykonawca mógłby dowodzić należytego wykonania usługi dla operatora poprzez przedkładanie referencji nie pochodzących od operatora. W przypadku przedmiotowego zamówienia niezmiernie istotne jest, aby poświadczenie pochodziło bezpośrednio od operatora, jako że przedmiotem zamówienia jest dostawa informacji cyfrowej dla linii, którymi dysponują wyłącznie operatorzy sieci dystrybucyjnej i przesyłowej. Zatem, wyłącznie ci operatorzy mogą wiarygodnie ocenić rzetelność świadczonej usługi i poświadczyć należyte jej wykonanie. Przedłożona przez odwołującego referencja pochodzi od wykonawcy

świadczącego usługę na rzecz operatora, a więc w istocie nie stanowi ona poświadczenia wykonania usługi z należytą starannością wymaganą przez zamawiającego.

Pismem z dnia 17.06.2013 r. znak: W/2013/6/1725 zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnianie wymagań określonych w rozdziale VII pkt 1 c SIWZ, wskazując jednocześnie, że: 1) żadna referencja nie potwierdza wykonania usługi polegającej na dostarczeniu dokumentacji fotograficznej linii z wykorzystaniem techniki stereoskopowej; 2) referencja wykazująca należyte wykonanie zamówienia wskazanego w punkcie 1 wykazu wykonanych zamówień (str. 32 oferty odwołującego) powinna pochodzić bezpośrednio od operatora systemu dystrybucyjnego, tj. PSE Operator S.A.; 3) referencje odnośnie do zamówienia zrealizowanego dla Elektromreża Srbije nie określają zakresu czasowego wykonanych usług oraz liczby projektów składających się na podany zakres kilometrowy.

Wezwanie, odwołujące się do wymagań stawianych wykonawcom w rozdziale VII pkt 1 c, stanowiło czynność zamawiającego podjętą w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zmierzającą do uzyskania od wykonawcy dokumentów wykazujących spełnianie wymogów SIWZ. Wezwany wykonawca powinien uzupełnić wykaz wykonanych zamówień przez wskazanie zamówień wymaganych w rozdziale VII pkt 1 c SIWZ wraz z dokumentami poświadczającymi ich należyte wykonanie. Treść wezwania nie budziła jakichkolwiek wątpliwości odwołującego, który nie zwrócił się o wyjaśnienie, w jakim zakresie ma uzupełniać złożone dokumenty. Na obecnym etapie sprawy odwołujący nie może stawiać zarzutu, z uwagi na upływ terminu zawitego dla wniesienia odwołania w przedmiocie wezwania.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedłożył „Uzupełnienie oferty” datowane na dzień 24.06.2013 r. wraz z którym przedłożył oświadczenie firmy Flycom d.o.o. Zamawiający stwierdził więc, że odwołujący nie uczynił zadość wezwaniu zamawiającego z dnia 17.06.2013 r., a przede wszystkim nie spełnił wymogu załącznika nr 3 do SIWZ - punkt 11 i nie przedłożył wykazu zrealizowanych usług obejmujących swym zakresem czynności wymagane w SIWZ wraz z poświadczeniami podmiotów na rzecz, których były one realizowane. Zgodnie z powołanym wyżej rozporządzeniem z 19.03.2013 r. poświadczenie stanowi dowód, za pomocą którego wykonawca wykazuje realizację określonych usług. Przedłożone przez odwołującego oświadczenie wykonawcy (a tak w tym przypadku należy traktować pismo firmy Flycom, która udzieliła odwołującemu swoich zasobów) nie może zastąpić poświadczenia, przy braku przesłanek z rozporządzenia powodujących obiektywną niemożność uzyskania poświadczenia.

Skoro, odwołujący nie przedstawił dowodów na wykonanie usług, których należyte zrealizowanie stanowiło jeden z warunków udziału w postępowaniu, to nie można zarzucić

zamawiającemu naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp. Niespełnienie wymogów postawionych w treści SIWZ przez wykonawcę (w tym przypadku odwołującego) musiało skutkować jego wykluczeniem.

Ponowne wzywanie odwołującego do uzupełnienia złożonych dokumentów, w sytuacji, gdy wezwanie z dnia 17.06.2013 r. nie budziło jakichkolwiek wątpliwości, stałoby w sprzeczności z przepisami Pzp.

Wezwanie zamawiającego z dnia 17.06.2013 r. wystosowane zostało w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i obejmowało żądanie przedłożenia i uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Wezwania tego nie można utożsamiać z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż treść przedłożonych przez odwołującego dokumentów nie budziła wątpliwości, lecz obejmowała poświadczenie wykonania usług w niepełnym zakresie. Skoro, poświadczający wyspecyfikowali zakres świadczonych usług i pominęli w nim wymagane przez zamawiającego usługi dostarczenia dokumentacji fotograficznej, to należało uznać, że odwołujący nie wykazał należytego wykonania usług wyspecyfikowanych w wykazie, gdyż zakres przedmiotowy usług wskazanych w wykazie przez odwołującego różni się od zakresu czynności wskazanego w poświadczeniach. W przypadku usługi wyszczególnionej w pozycji 1 wykazu, poświadczenie powinno pochodzić od PSE Operator S.A.

Nie doszło więc, wbrew treści odwołania, do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, a także naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp. Zamawiający nie dopuścił się tym samym naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Żądanie odwołującego nakazania przeprowadzenia procedury uzupełniania dokumentów i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie znajduje podstaw w stanie faktycznym sprawy. Zamawiający już raz wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jak wyżej wskazano, mogą dotyczyć dokumentów lub oświadczeń budzących wątpliwości, a takowe nie powstały, gdyż przedłożone przez odwołującego poświadczenia nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Postępowanie w zakresie uzupełniania dokumentów prowadzone było przez zamawiającego w trybie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r., a zatem przywoływane przez odwołującego orzeczenia KIO zostały wydane w odmiennym stanie prawnym i nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę powyższą argumentację, w ocenie zamawiającego, odwołanie zasługuje na oddalenie.

III. Wykonawca VISIMIND Ltd Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, jako drugi wykonawca uczestniczący w postępowaniu, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, warunkujące możliwość wniesienia odwołania podlegającego merytorycznemu rozpoznaniu. Jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Złożył ofertę niewiele tańszą od oferty wybranej (różnica wynosi 5 392,32 zł), jednak przy jedynym kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%, oferta odwołującego, gdyby nie podlegała odrzuceniu, byłaby wybrana, jako oferta najkorzystniejsza.

Wykonawca VISIMIND Ltd Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, uzyskując status uczestnika postępowania odwoławczego, zwanego w skrócie też „przystępującym”.

W zakresie objętym odwołaniem Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający opisał w SIWZ w rozdziale VII pkt 1 lit. c, sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia przez wymóg wykazania wykonania zamówień, w następujący sposób:

„VII. Informacja o warunkach, jakie muszą spełniać wykonawcy. 1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą uczestniczyć wykonawcy, którzy: (...) c) wykonali w czasie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 zamówienia polegające na dostawie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie infrastrukturą elektroenergetyczną sieci o napięciu 110 kV lub wyższym, wraz z wykonaniem paszportyzacji tej sieci na podstawie inspekcji lotniczej z wykorzystaniem oblotu (dokumentacja fotograficzna, w tym stereoskopowa linii, diagnostyka linii metodą termowizyjną, dostarczenie przestrzennego modelu ukształtowania terenu wzdłuż linii WN pochodzącego ze skanera laserowego) o sumarycznej długości, co najmniej 500 km każda, wraz z dostarczeniem dedykowanego oprogramowania klasy GIS wykorzystywanego do inspekcji, oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej, dla operatora systemu

dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego”.

W załączniku nr 3 do SIWZ zamawiający przedstawił „Zestaw dokumentów wymaganych od wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, a wśród nich pod pozycją 11 tabeli wymienił: „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 usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wg rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.)”. Wymóg załączenia wykazu wykonanych zamówień wynikał z rozdziału IX SIWZ, pt. „Wymagane dokumenty”.

Odwołujący przedstawił na str. 32 oferty „Wykaz wykonanych zamówień”, w którym w trzech pozycjach podał, jako wymagane minimum trzy dostawy. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówień załączył cztery dokumenty: list referencyjny z 16.05.2013 r. (str. 33 oferty) dotyczący pierwszej dostawy w pozycji 1 wykazu; dokument z dnia 10.05.2013 r. (str. 35 oferty): potwierdzenie usługi wykonania skaningu laserowego wraz z rejestracją termowizji, dotyczący dostawy wykazanej w pozycji 2 wykazu; referencje z dnia 14-05-2013 r. (str. 37 oferty) dotyczące dostawy wykazanej w pozycji 3 wykazu; zobowiązanie innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia, tj. wiedzy i doświadczenia w zakresie usług wykonanych dla Państwowego Przedsiębiorstwa „Elektromreża Srbije” oraz dla Elektro-Słowenia (str. 38 oferty). Dokument został opatrzony owalną pieczęcią z nazwą w obcojęzycznym brzmieniu w otoku, podpisany nieczytelnie.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 12 czerwca 2013 r. do uzupełnienia dokumentów: dostarczenia załącznika 2.1 z wypełnionym pkt 4 oraz wykazania, (...) „że oświadczenie na karcie 38 podpisała osoba umocowana do reprezentacji. Należy również wskazać pełne dane podmiotu składającego oświadczenie wraz z odpisem z właściwego rejestru”. Odwołujący uzupełnił dane w zakresie odpowiadającym wezwaniu, kwestia ta nie stanowiła dalszych rozważań w postępowaniu odwoławczym.

W dalszej kolejności zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 17.06.2013 r. (...) „do uzupełnienia następujących dokumentów wymaganych w SIWZ rozdział VII pkt 1 c: 1. Żadna z referencji nie potwierdza wykonania usługi polegającej na dostarczeniu dokumentacji fotograficznej linii z wykorzystaniem techniki stereoskopowej. 2. Firma Eltel Networks Rzeszów S.A. nie jest operatorem systemu dystrybucyjnego lub przesyłowego. 3. Brak potwierdzenia dostarczenia dokumentacji fotograficznej linii w referencjach Flycom d.o.o. 4. Brak zakresu czasowego wykonanych usług oraz liczby projektów składających się na podany zakres kilometrowy w projekcie dla „Elektromreża Srbije”. Zamawiający wyznaczył termin do uzupełnienia dokumentów do dnia 26.06.2013 r., z zastrzeżeniem, że w przeciwnym wypadku oferta odwołującego zostanie odrzucona, jako nie spełniająca wymogów SIWZ.

Odwołujący złożył pismo z dnia 24.06.2013 r. zatytułowane „Uzupełnienie oferty”, w którym załączając oświadczenie Flycom d.o.o. stwierdził: „W związku z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów (...) oświadczam, iż MGGP Aero Sp. z o.o. spełnia wszystkie warunki przedstawione przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tego zamówienia, zwłaszcza dotyczące wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (pzp). Na potwierdzenie powyższego, przedkładamy w załączeniu oświadczenie Flycom d.o.o. oraz poniższe wyjaśnienie, w trybie art. 26 ust. 3 pzp potwierdzając: 1. Wykorzystanie każdorazowo fotogrametrycznych technik fotografii stereoskopowych; 2. Wykonanie usług dla PSE Operator S.A. (referencja z projektu Eltel Networks Rzeszów S.A.); 3. Dostarczenie dokumentacji fotograficznej przez Flycom d.o.o. w wykonanych usługach; 4. Zakres czasowy wykonanych usług oraz liczbę projektów składających się na podany zakres kilometrowy w projekcie Elektromreża Srbije.

W każdym z przedstawionych referencjami projektów stosowano każdorazowo fotogrametryczne techniki fotografii stereoskopowych z wykorzystaniem cyfrowych kamer, czyli wykonywaniu zdjęć w oparciu o bazę pozwalającą w konsekwencji na obserwację stereoskopową. Metody te pozwalały na analizę obrazów z efektem widzenia przestrzennego reprezentującym takie elementy jak kształt, kolor a przede wszystkim wzajemne zależności przestrzenne (głębina sceny). Techniki stereoskopowe to powszechnie i często stosowane metody analiz i obserwacji obiektów w fotogrametrii cyfrowej.

W przypadku stwierdzenia Zamawiającego punkt 2 wezwania do uzupełnienia, iż firma Eltel Networks Rzeszów S.A. nie jest operatorem systemu dystrybucyjnego lub przesyłowego, pragniemy zwrócić uwagę, że zgodnie z punktem 1 c rozdziału VII SIWZ, MGGP Aero Sp. z o.o. wykonała przedmiotowe zamówienie dla operatora systemu przesyłowego. Zamawiający nie wymagał przedstawienia referencji tylko i wyłącznie wystawionych przez operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego. W tym brzmieniu należy

rozumieć, że wymagał przedstawienia potwierdzenia wykonanych i dostarczonych usług dla operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego. Czyli przedstawiona przez MGGP Aero referencja potwierdza, iż Zamawiającym i ostatecznym odbiorcą wykonanych usług był w tym przypadku PSE Operator S.A., a MGGP Aero Sp. z o.o. jako zgłoszony i dopuszczony wcześniej do realizacji usług wykonawca od początku był odpowiedzialny za zapewnienie technologii, planowanie i realizację oblotów, przetwarzanie i analizy danych oraz dostawę oprogramowania i szkoleniami dla pracowników PSE Operator S.A. Zatem, zgodnie z wymaganiami SIWZ potwierdzamy, że MGGP Aero Sp. z o.o. spełnia w całości wymogi punktu 1 c rozdziału VII SIWZ w tym brzmieniu.”.

W oświadczeniu Flycom z dnia 21.06.2013 r. przedstawiono treść „Potwierdzamy, że posiadamy i wykorzystywaliśmy w przedstawionych projektach technologię pozyskiwania dokumentacji fotograficznej linii z wykorzystaniem techniki stereoskopowej równoległe z dokumentacją fotograficzną linii i jej najbliższego otoczenia zgodnie z wymogami Zamawiającego.

W przypadku wykazanej usługi (projekt dla Elektromreża Srbije) polegającej na jednoczesnym wykonaniu inspekcji linii przesyłowych: 110 kV, 220 kV i 420 kV metodą skaningu laserowego i kamery termowizyjnej IR przy użyciu helikoptera o łącznej długości powyżej 800 km (wraz z dostarczeniem oprogramowania klasy GIS) oświadczamy, że powyższe prace wykonano w ramach jednego projektu od 1.12.2011 do 30.9.2012.”

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznał ofertę odwołującego za odrzuconą na podstawie ust. 4 tego artykułu, podając w uzasadnieniu faktycznym następujące okoliczności: „Oferta wykonawcy MGG Aero Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na wykluczenie wykonawcy. Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie spełnia wymagań dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia określonych w rozdz. VII pkt 1 c) SIWZ ze względu na to, że: 1) Określony w referencjach wystawionych przez Elektro-Słowenia Sp. z o.o. zakres realizacji wykazanego w ofercie zamówienia nie obejmuje dostarczenia dokumentacji fotograficznej linii. 2) Określony w referencjach wystawionych przez EMC „Elektromreża Srbije” zakres realizacji wykazanego w ofercie zamówienia nie obejmuje dostarczenia dokumentacji fotograficznej linii. 3) Określony w referencjach wystawionych przez Eltel Networks Rzeszów S.A. zakres realizacji wykazanego w ofercie zamówienia nie obejmuje dostarczenia dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej. 4) Ponadto zgodnie z wyjaśnieniem wykonawcy zamówienie to było realizowane dla PSE Operator S.A. tak, więc referencje powinny być wystawione przez zamawiającego a nie wykonawcę zamówienia.”

(wersja dokumentu z dnia 12.07.2013 r. załączonego do akt postępowania o udzielenie zamówienia). Zamawiający przekazał odwołującemu wersję pisma, w którym pominięto pkt 1. Pełną wersję pisma zamawiający przekazał odwołującemu na rozprawie (kwestia ta nie stanowiła zarzutu, ani rozszerzonej argumentacji odwołania i w nie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia).

Odwołujący załączył do odwołania list referencyjny firmy Eltel Networks Rzeszów S.A. z dnia 17.07. 2013 r., w którym wystawca dokumentu podał: „W uzupełnieniu listu referencyjnego z dnia 16.05.2013 dotyczącego projektu pn.: „Wykonanie usług z użyciem śmigłowca w napowietrznych liniach przesyłowych najwyższych napięć w zakresie oględzin planowych (skaningu laserowego 8600 km linii), oględzin awaryjnych i kontrolnych, diagnostyki termowizyjnej 800 km linii, diagnostyki metodą CORONA 200 km linii, dostawy dedykowanego oprogramowania do analiz wyników rejestracji z oględzin planowych i diagnostycznych dla PSE Operator S.A.”, Spółka Eltel Networks Rzeszów S.A. potwierdza, że realizacja przedmiotowego zlecenia przez MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie obejmowała swym zakresem również dostarczenie dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej dla PSE Operator S.A.

Wszystkie prace realizowane przez MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie były wykonane w latach 2010-2011. Prace wykonano z należyłą jakością i terminowo.”.

W toku rozprawy zamawiający oświadczył, że „dostarczenie dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji” w ramach realizacji zlecenia przez odwołującego na rzecz bezpośredniego wykonawcy zamówienia - Eltel Networks Rzeszów S.A. dla końcowego odbiorcy zamówienia - PSE Operator S.A., nie jest kwestionowane, ograniczając tym samym podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania - część pierwsza punktu 3 pisma z dnia 12.07.2013 r., co z kolei spowodowało bezprzedmiotowość orzekania w tym zakresie.

Składając wyjaśnienia na rozprawie, przystępujący złożył dowód - pismo firmy Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna (uprzednio działającej pod firmą Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A.) z siedzibą Konstancin-Jeziorna, końcowego odbiorcy zamówienia wskazanego w pozycji 1 wykazu wykonanych zamówień załączonego przez odwołującego do oferty, w którym wystawca dokumentu oświadczył, że: „(...) zgodnie z zakresem przedmiotu umowy pn.: „Wykonywanie usług z użyciem śmigłowca w napowietrznych liniach przesyłowych NN”, której wykonawcą była firma Eltel Networks Rzeszów S.A. w latach 2010 i 2011, nie była realizowana stereoskopia fotograficzna linii.”.

Oceniając materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób opisany w SIWZ w rozdziale VII pkt 1 lit. c, na podstawie załączonego do oferty wykazu wykonanych zamówień wraz z dowodami złożonymi w terminie składania ofert i uzupełnionymi na wezwanie zamawiającego, mającymi potwierdzić należyte wykonanie zamówień przedstawionych w wykazie.

Na podstawie opisu zamieszczonego w załączniku 3 pozycja 11 do SIWZ, wykonawca został zobowiązany do złożenia wraz z ofertą wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych dostaw wraz z podaniem zakresu opisanego w tej pozycji ze wskazaniem podmiotów na rzecz, których usługi zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (w opisie wymagane zamówienie określano, jako dostawy, a także jako usługi).

Opis dotyczący obowiązku załączenia „dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie” - załącznik nr 3 do SIWZ poz. 11 - stanowi powtórzenie przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W ust. 2 tego przepisu podano, że dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 3 (dotyczy głównych dostaw i usług), są: poświadczenie (pkt 1), (...), pkt 3 - w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Z kolei przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia (19 lutego 2013 r.), wykonawca, w miejsce poświadczeń, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw (...), określone w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 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.

Na podstawie powyższych uregulowań, odwołujący mógł złożyć, jako dowody: poświadczenie, oświadczenie, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie był w stanie uzyskać poświadczenia, a także dokument potwierdzający, że dostawy zostały wykonane należycie. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska zamawiającego (odpowiedź na odwołanie) o obowiązku złożenia wyłącznie poświadczeń, w okolicznościach wskazanych w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów (...), z pominięciem możliwości zastosowania przepisu przejściowego.

Przedstawiona w wykazie zamówień w pozycji 1 dostawa wykonana w charakterze podwykonawcy na rzecz głównego wykonawcy Eltel Networks Rzeszów S.A., mimo, że w opisie dostawy odwołujący zamieścił zakres odnoszący się do opisu zamieszczonego w SIWZ wraz ze wskazaniem, że zamówienie zostało wykonane dla PSE Operator S.A., nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunku podmiotowego wykonawcy, gdyż w liście referencyjnym z dnia 16.05.2013 r. główny wykonawca zamówienia Eltel Networks Rzeszów S.A., a nie końcowy odbiorca zamówienia PSE Operator S.A., jednoznacznie stwierdził, że odwołujący zrealizował tylko część projektu. W związku z tym wystawca listu udzielił referencji „na zakres związany oblotami sieci wysokich napięć, opracowanie ekspertyz na podstawie zdjęć pionowych, ukośnych, termowizyjnych i danych pochodzących z skaningu laserowego”.

Złożone w uzupełnieniu dokumentów na wezwanie zamawiającego, oświadczenie odwołującego z dnia 24.06.2013 r. nie może stanowić podstawy rozszerzenia zakresu dostawy, skoro zawężony zakres dostawy wynika z pierwotnego listu referencyjnego z dnia 16.05.2013 r. Uzupełniony list referencyjny z dnia 17.07.2013 r. (Eltel Networks Rzeszów S.A.), załączony do odwołania potwierdza „(...) dostarczenie dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji oraz dokumentacji sieci elektroenergetycznej dla PSE Operator S.A.”.

Zamówienie wykazane w pozycji 1 wykazu zostało podważone, jako odpowiadające wymaganiom zamawiającego, dowodem złożonym na rozprawie przez wykonawcę VISIMIND Ltd Sp. z o.o. (przystępującego) w postaci pisma z 2 sierpnia 2013 r. Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółka Akcyjna z siedzibą Konstancin-Jeziorna. Końcowy odbiorca zamówienia wskazanego w pozycji 1 wykazu stwierdził w piśmie, że przedmiotem umowy realizowanej przez głównego wykonawcę (wystawcę referencji w ocenianym postępowaniu) pn.: „Wykonywanie usług z użyciem śmigłowca w napowietrznych liniach przesyłowych NN” w latach 1010 i 2011, nie była realizowana stereoskopia fotograficzna linii.

Zamówienia wykazane w pozycjach 2 i 3 wykazu, to zamówienia udostępnione przez inny podmiot - Flycom sp. z o.o., Moste 26b, 4274 Žirovnica, Slovenia, a mianowicie: pozycja 2 - firma Flycom sp. z o.o. wykonała na rzecz ELES Elektrownia-Słowenia z siedzibą Lubiana „(...) usługi skaningu laserowego wraz z rejestracją termowizji, z zakresem prac: termowizja linii 400, 220 i 110 kV o sumarycznej długości 718 km, skaningu laserowego wraz z przetworzeniem dla linii 400, 220 i 110 kV o długości 542 km, dostarczyła oprogramowanie klasy GIS”. Pozycja 3 wykazu - firma Flycom sp. z o.o. i inny wykonawca - C&G Sp. z o.o. z siedzibą Lubiana „(...) pomyślnie przeprowadzili inspekcję linii przesyłowych: 110 kV, 220 kV i 420 kV metodą skaningu laserowego i kamery termowizyjnej IR przy użyciu helikoptera o

łącznej długości powyżej 800 km. Równolegle został zainstalowany dedykowany program klasy GIS wraz z bazą danych, która jest na co dzień wykorzystywana w pracy danych” dla Państwowego Przedsiębiorstwa (...) „Elektromreża Srbije”.

Złożone w uzupełnieniu dokumentów na wezwanie zamawiającego, oświadczenie odwołującego z dnia 24.06.2013 r. oraz oświadczenie Flycom d.o.o. z dnia 21.06.2013 r. nie potwierdziły zakresu wymaganego przez zamawiającego, tj. dostarczenia dokumentacji fotograficznej linii.

Załączone przez odwołującego referencje, każda szczegółowo opisująca przedmiot zamówienia, nie potwierdziły, żadna w całości, wykonania usług wymaganych w rozdziale VII pkt 1 c SIWZ i wskazanych przez odwołującego w wykazie wykonanych zamówień. Również nie potwierdziły dokumenty złożone w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, na uprzednie wezwanie zamawiającego z dnia 17.06.2013 r.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania wobec nie wykazania dostarczenia dokumentacji fotograficznej linii w zamówieniach wskazanych w pozycjach 2 i 3 wykazu (jest to zasób udostępniony przez inny podmiot - Flycom d.o.o.); wobec zamówienia wskazanego w pozycji 1 wykazu - nie potwierdzenia wykonania zamówienia przez odbiorcę końcowego zamówienia (PSE Operator S.A.). Zamawiający odstąpił od podstawy wskazanej w pkt 3 pisma z dnia 12 lipca 2013 r., jako brak wykazania dostarczenia dedykowanego oprogramowania klasy GIS do inspekcji.

Podstawę oceny spełniania warunków podmiotowych udziału wykonawcy w postępowaniu, stanowi opis sposobu dokonywania takiej oceny zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.

Przepisy cytowanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazują w przypadku dostaw/usług, jako podstawę wykaz wykonanych, bądź wykonywanych zamówień wraz z dowodami, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykaz sporządza wykonawca, natomiast dowodami mogą być poświadczenia, oświadczenia, czy dokumenty, o których mowa w przepisach rozporządzenia. Izba podziela stanowisko, że co do zasady, dowody mają wskazywać, czy zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jednakże, gdy tak jak w rozpoznawanej sprawie, dokumenty - referencje - szczegółowo przedstawiają zakres wykonanych zamówień, którymi posługuje się odwołujący, a zakres ten nie odpowiada w pełni opisowi wskazanemu w wykazie, zamawiający jest zobowiązany do zweryfikowania danych. Zamawiający nie może ograniczyć oceny wyłącznie do oświadczenia wykonawcy zamieszczonego w wykazie i całkowicie pominąć treść innych dokumentów, zwłaszcza dokumentów złożonych w wyniku żądania zamawiającego na

podstawie art. 25 ust. 1 Pzp (wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ). Z kolei wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 26 ust. 2a Pzp).

Ocena spełniania podmiotowego warunku udziału w postępowaniu drugiego wykonawcy, została dokonana z uwzględnieniem rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) - wykonywanie zamówień na rzecz zamawiającego, zakres niekwestionowany w postępowaniu.

Reasumując, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania wobec nie potwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu. Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba uwzględniła wniosek zamawiającego, przyznając zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: