Sygn. akt KIO 2452/10
Sygn. akt KIO 2472/10
Sygn. akt KIO 2500/10

WYROK
z dnia 24 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **19 listopada 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:
A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Reklamex Sp. z o.o. (pełnomocnik), **2. Enel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Marszałkowska 27/35/93, 00-639 Warszawa,**
B. Andrzeja Świeckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma ŚWIĘCKI Andrzej Święcki, ul. Przejazdowa 27a, 05-800 Pruszków,
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Robert Gos, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KAR-GOS" Robert Gos (pełnomocnik), 2. Robert Barańczyk i Władysław Barańczyk, prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pn. „Instalatorstwo Elektryczne s.c."

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Mieście Stołecznym Warszawa, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa**

orzeka:

1A. Oddala odwołanie.

1B. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 8, rejon XI i w części 9, rejon XII oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.3.3.2 SIWZ

1C. Uwzględnia odwołanie:

- nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 15 i wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Robert Gos, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KAR-GOS" Robert Gos (pełnomocnik), 2. Robert Barańczyk i Władysław Barańczyk, prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pn. „Instalatorstwo Elektryczne s.c."

- nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 8 i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.3.3.2 SIWZ oraz pkt. 8.1.7 SIWZ.

2. Kosztami postępowania obciąża:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Reklamex Sp. z o.o. (pełnomocnik), **2. Enel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Marszałkowska 27/35/93, 00-639 Warszawa,**
- Zarząd Dróg Miejskich w Mieście Stołecznym Warszawa, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w łącznej wysokości **45 000** zł **00** gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego, w tym:

A kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Reklamex Sp. z o.o.** (pełnomocnik), **2. Enel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Marszałkowska 27/35/93, 00-639 Warszawa,**

B kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Andrzeja Świeckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma ŚWIĘCKI Andrzej Święcki, ul. Przejazdowa 27a, 05-800 Pruszków,**

C kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Robert Gos, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KAR-GOS" Robert Gos (pełnomocnik), 2. Robert Barańczyk i Władysław Barańczyk, prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej „Instalatorstwo Elektryczne s.c.",**

2) dokonać wpłaty kwoty **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A. kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Reklamex Sp. z o.o.** (pełnomocnik), **2. Enel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Marszałkowska 27/35/93, 00-639 Warszawa** na rzecz **Zarządu Dróg Miejskich w Mieście Stołecznym Warszawa, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg Miejskich w Mieście Stołecznym Warszawa, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** na rzecz **Andrzeja Świeckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma ŚWIĘCKI Andrzej Święcki, ul. Przejazdowa 27a, 05-800 Pruszków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

C. kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg Miejskich w Mieście Stołecznym Warszawa, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Robert Gos, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KAR-GOS" Robert Gos (pełnomocnik), 2. Robert Barańczyk i Władysław Barańczyk, prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej „Instalatorstwo Elektryczne s.c."** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:
.....
Członkowie:

…….

……..

Sygn. akt KIO 2452/10

Sygn. akt KIO 2472/10
Sygn. akt KIO 2500/10

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich ul. Chmielna 120, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację oświetlenia ulicznego na terenie m.st. Warszawy, obejmującą 15 rejonów na terenie dzielnic na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych oraz 19 rejon obejmujący tunele jezdne, kładki i przejścia dla pieszych i znaki D-6 zasilane energią elektryczną w okresie 01.12.2010 r. - 30.11.2013 r., numer postępowania DZP/73/PN/61/10. W dniu 4 listopada 2010 r. via fax zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert oraz o wykluczeniu wykonawców z postępowania i odrzuceniu oferty, a także o unieważnieniu postępowania w zakresie części 15 rejon XIII - Wesoła.
Od powyższych decyzji zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożyło trzech wykonawców, a dwóch zgłosiło przystąpienie do postępowania. Przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosiła firma „Venessa" sp. z o.o. Spółka komandytowa ul. Puławska 300 Warszawa oraz Zakład Konserwacyjno –Remontowy Sieci i Urządzeń Elektroenergetycznych „Cieślikowski" Wolica ul. Sękocińska 20B Nadarzyn. W wyniku wniesionych przez strony postępowania opozycji w stosunku do powyższych przystąpień, Izba postanowiła uwzględnić opozycję co do nieprawidłowości przystąpienia Venessa Sp. z o.o. i Sp. k. oraz firmy Cieślikowski z powodu nie przekazania kopii odwołującym, a w przypadku firmy Cieślikowski również stwierdza nieprawidłowość przystąpienia z uwagi na niezachowanie terminu do zgłoszenia przystąpienia.

Sygn. akt KIO 2452/10

Konsorcjum firm -REKLAMEX Spółka z o.o. ul. Marszałkowska 27/35 m 93 00-639 Warszawa (lider)- ENEL Spółka z o.o. ul. .Ku Wiśle 2m3 00-707 Warszawa zwany dalej odwołującym wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającego w zakresie części 3, Rejonu III –Białołęka zarzucając zamawiającemu :

---

1. naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez poprawienie przez Zamawiającego oferty BUDWEX- Mieczysław Wasilewski w ten sposób, że w formularzu ofert w pkt. 1 część III Białołęka zamiast: *„cena netto 1 056 200 zł 40 gr. VAT232 364 zł 09 gr. cena brutto 1 288 564 zł 49 gr. słownie (cena brutto: jeden milion dwieście osiemdziesiąt osiem tys. pięćset sześćdziesiąt cztery i 49/100 zł"*
wpisano: „cena *netto 4 zł 30 gr. VAT0,95 gr. Cena brutto 5 zł 25 gr. Słownie (cena brutto): piąć złotych i 25 /l00 "* mimo że oferta firmy BUDWEX- Mieczysław Wasilewski była zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia a wprowadzone zmiany spowodowały istotną zmianę treści oferty tego Wykonawcy.

2. naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie z firmą BUDWEX Mieczysław Wasilewski korespondencji mającej charakter negocjacji dotyczących złożonej oferty a następnie dokonanie zmian w jej treści z naruszeniem przepisu art. 87 ust 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych.

3. naruszenie przepisu pkt. 7.3.1 w związku z pkt. 8.1.2 oraz w związku z treścią załącznika nr 2 do oferty poprzez nie wyjaśnienie przez Zamawiającego jaki był dokładny czas realizacji prac oraz jaka była ilość opraw - potwierdzających warunek doświadczenia wykonawcy przez firmę BUDWEX Mieczysław Wasilewski - ponieważ:
-w formularzu załącznika nr 2 do oferty firma BUDWEX Mieczysław Wasilewski wpisała w rubryce „czas realizacji" tylko datę miesięczną i roczną podczas gdy SIWZ wymagała aby w rubryce tej wpisana została data dzienna;
w formularzu załącznika nr 2 do oferty wpisano w rubryce „ilość opraw" :
a) liczbę 3 500, mimo że liczba 3 500 jest nieprecyzyjna gdyż z referencji Gminy Serock wynika, że opraw było około 3 500;

b) liczbę 2 885, mimo że referencji Gminy Błonie wynika, że opraw było 3 194
- a Zamawiający nie wyjaśnił tych sprzeczności ani nie poprawił oferty.

4. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych poprzez nie odrzucenie oferty firmy BUDWEX Mieczysław Wasilewski, mimo że zamawiający uznał, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny

---

i wezwał tę firmę do złożenia wyjaśnienia dotyczącego kwoty podanej w ofercie poprzez podanie sposobu jej wyliczenia .
5. dodatkowo odwołujący wskazał na nieprawidłowe wyliczenie przez zamawiającego kwoty VAT w poprawce wprowadzonej przez Zamawiającego do oferty. Kwota VAT powinna wynosić 0,95 zł a nie 0,95 gr .

Wobec powyższych zarzutów wniósł o: unieważnienie czynności rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na konserwację oświetlenia ulicznego na terenie m. st. Warszawy - w zakresie części 3 Rejonu III - Białołęka i wyboru najkorzystniejszej oferty; odrzucenie oferty BUD-WEX oraz nakazanie zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert.

Podniósł że w toku postępowania zamawiający, pismem z dnia 11.10.20l0 r wezwał BUDWEX m. in. do złożenia wyjaśnienia dotyczącego kwoty podanej w ofercie i poprosił o podanie sposobu jej wyliczenia. Odpowiadając na to wezwanie BUDWEX wyjaśnił, że w ofercie powinna być wpisana kwota 4,30 zł netto i 5,25 zł brutto oraz przedstawił sposób wyliczenia tej kwoty . Po uzyskaniu wyjaśnień zamawiający, powołując się na przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych, poprawił ofertę w sposób wyżej wskazany, uznając że oferta zawiera inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Postępowanie zamawiającego rażąco naruszyło przepis 87 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych.
Wskazał że mamy do czynienia nie z omyłką a być może z błędem. BUDWEX w sposób zamierzony wpisał do oferty cenę (przed poprawkami) opierając się na treści pkt. 12 ust. 1 SIWZ, która to treść jest jednoznaczna i precyzyjna oraz łatwa do zrozumienia. Zgodnie z pkt. 12.1 siwz *„wofercie Wykonawca podaje miesięczną cenę konserwacji 1 oprawy oświetleniowej (netto , VAT, brutto) dla wybranej części..."*
Treść tego zapisu jest jasna i oczywista i powinna być zrozumiała dla wszystkich wykonawców. Zamawiający może poprawić omyłki tylko wówczas gdy taka poprawka nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie oferty poprzez wpisanie do jej treści kwoty 245440 razy niższej od dotychczasowej jest wyjątkowo rażącą ingerencją w treść oferty (poprawka z kwoty 1 288 564 na kwotę 5,25).
Wprowadzona przez zamawiającego zmiana treści oferty jest nie tylko zmianą istotna ale nosi charakter zmiany fundamentalnej.

W trakcie rozprawy dodatkowo wskazał ,że Zamawiający, dokonując poprawy kwoty podanej w ofercie, naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3, ponieważ ta poprawka w sposób zasadniczy ingeruje w treść oferty, a z samego zapisu w ofercie można wnioskować, że wykonawca w sposób prawidłowy i świadomy wpisał tam kwoty, w związku z tym brak było podstaw do jakichkolwiek zmian. Jeśliby uznać, że wpisana kwota jest nieprawidłowa, to nie możemy mówić o omyłce, ale o błędzie wykonawcy. Podnosi, iż wszystkie kolejne zarzuty podniesione w odwołaniu są pochodną zarzutu dotyczącego poprawy ceny jednostkowej za usługę.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołanie wskazał ,że zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie zaoferowanej ceny jednostkowej, jednakże przed wystąpieniem o wyjaśnienia zamawiający sam dokonał wstępnego wyliczenia ceny jednostkowej w ten sposób, iż dokonał podzielenia zaoferowanej w ofercie kwoty przez ilość lamp mających podlegać konserwacji w danym rejonie. Zamawiający stwierdza, iż dokonane wyliczenia pokrywały się z wyliczeniami wynikającymi z wyjaśnień, jakie uzyskał od wykonawcy. Wobec powyższego zamawiający stwierdził, że wykonawca dokonał omyłki i w tej sytuacji dokonał poprawy wyliczeń opierając się przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odnośnie zarzutu co do prawidłowości referencji podał, że zamawiający chcąc sprawdzić, od konkretnie jakiej daty wykonawca dokonuje konserwacji lamp na terenie gminy Błonie, wezwał go do wyjaśnienia tej kwestii. W wyniku wezwania wykonawcy zostały przedłożone nowe referencje, z których wynika, iż konserwacja prowadzona jest od dnia 11 lipca 2008 r., a umowa na konserwację zawarta jest na okres 3 lat. W tych referencjach podano, iż konserwacji podlega 3 194 sztuk opraw co wskazuje, iż w okresie poprzednich referencji ilość lamp na terenie podlegającym konserwacji uległa zwiększeniu. W zakresie dokonanej poprawki kwoty VAT Zamawiający podnosi, iż oczywistym jest, iż kwota VATu wynosiła 95 gr, natomiast zapis, iż stanowi to 0,95 gr jest oczywistą omyłką, gdyż kwota poniżej jednego grosza nie występuje w obrocie gospodarczym.

Sygn. akt KIO 2472/10

Andrzej Świecki prowadzący działalność gospodarcza, pod nazwą „Firma Świecki" Andrzej Świecki z siedzibą w Pruszkowie, złożył odwołanie w zakresie dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Zakład Konserwacyjno - Remontowy Sieci i Urządzeń Elektroenergetycznych „Cieślikowski" Wolica, na realizację zamówienia w części 8 rejon XI

Śródmieście i części 9 rejonu XII Mokotów, zarzucając zamawiającemu nie odrzucenie oferty tej firmy jako nie spełniającej wymogów postawionych przez Zamawiającego.

W odwołaniu podniósł, że Zgodnie z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca musi wykazać, że (...) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość co najmniej 300.000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych) na każdą część, na okres trwania umowy. (pkt. 7.3.3.2 SIWZ).

Potwierdzeniem spełnienia opisanego wyżej warunku jest opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż wymagana przez zamawiającego (pkt. 8.1.5. SIWZ). Wykonawca Cieślikowski do swojej oferty dołączył Polisę serii TPP nr 4905023 potwierdzającą ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej dla klienta indywidualnego oraz małego i średniego przedsiębiorcy z sumą gwarancyjną 200.000,00 zł w okresie od dnia 07 września 2010 r. do dnia 12 stycznia 2011 r. W treści polisy wskazano, iż dotyczy ona działalności prowadzonej przez Ubezpieczonego określonej w Polskiej Klasyfikacji Działalności pod numerem PKD 43.29, rj. Wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych, oraz polisę serii AG nr 3699294 Kompleksowe Ubezpieczenie PZU DORADCA Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w wariancie bazowym na kwotę 1.000.000,00 zł w okresie od dnia 13 stycznia 2010 r. do dnia 12 stycznia 2011 r. Uwzględniając powyższe podał ,że Wykonawca nie wylegitymował się bowiem polisą ubezpieczeniową na kwotę po 300.000,00 zł na każdą część przedmiotu umowy w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia. Przedłożona przez wykonawcę polisa obejmuje ubezpieczenie OC działalności związanej z instalacji natomiast wykonywaniem pozostałych budowlanych, przedmiotem postępowania jest wykonanie prac związanych z prowadzeniem konserwacji urządzeń oświetlenia ulicznego.

Rozpatrzenie tego odwołania Izba połączyła z rozpatrzeniem zarzutu czwartego odwołania o sygn. KIO 2500/10, który to zarzut wyczerpuje w całości treść odwołania w przedmiotowej sprawie. Odwołujący w zakresie zarzutu czwartego podniósł iż

CIEŚLIKOWSKI na stronach 52-55 załączył polisy OC. Na stronie 55 oferty na dole strony znalazła się odręczna wzmianka, że Polisa TPP 4905023 oraz AG 3699294 opiewają na łączną sumę odpowiedzialności cywilnej w wysokości 1.200.000 zł. Ze strony 54 oferty wynika natomiast, że ubezpieczonym jest Mirosław Cieślikowski prowadzący działalność gospodarczą jedynie w zakresie PKD 43.29. Zgodnie Polską Klasyfikacją Działalności kod PKD 43.29 dotyczy wykonywania pozostałych instalacji budowlanych. Natomiast naprawa i konserwacja urządzeń elektrycznych (czyli zakres prowadzonej działalności zgodny z przedmiotem zamówienia) została

oznaczona kodem PKD 33.14. Oznacza to, iż CIEŚLIKOWSKI nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, tym samym zamawiający zobowiązany jest wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do uzupełnienia i wyjaśnień dokumentów, a w przypadku ich nie przedłożenia do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Ponadto na rozprawie pełnomocnicy odwołujących podnieśli ,że oferta firmy Cieślikowski została złożona na 4 rejony i wobec tego, że zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w wys. po 300 000 zł na każdy rejon, wobec tego wykonawca przedłożył do polisy na 1 ml złotych dodatkową polisę na kwotę 200 000 zł, przy czym polisa ta nie obejmowała przedmiotu działalności, który jest przedmiotem niniejszego postępowania. Dołączona do oferty polisa na 200 000 zł jest polisą nową, zawartą na krótki okres i obejmuje zakres działalności obejmujący tylko wycinkowy zakres robót, które wg wpisu do ewidencji działalności gospodarczej może świadczy firma Cieślikowski. Precyzując swoje stanowisko dodał, iż dokonany przez agenta dopisek na polisie na 200 000 zł, iż obie polisy dają łączną sumę odpowiedzialności na kwotę 1 200 000 zł nie jest spełnieniem wymagania, gdyż zakres przedmiotowy jak i czasowy obu polis jest różny. Według Odwołującego, ubezpieczenie na kwotę 200 000 jako krótkoterminowe sugerowałoby, że jest to zabezpieczenie jakiejś innej roboty mieszczącej się w PKD 43.29.

Zamawiający przyznał ,że przy ocenie oferty firmy Cieślikowski nie miał aneksu do umowy ubezpieczenia wystawionej w dniu 16 września 2010 r., a tym samym przy ocenie oferty brane były dwie oddzielne polisy ubezpieczeniowe.

KIO 2500/10

W dniu 4 listopada 2010 r. Zamawiający poinformował odwołującego -wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Robert Gos, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KAR-GOS" Robert Gos (pełnomocnik), 2. Robert Barańczyk i Władysław Barańczyk, prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej „Instalatorstwo Elektryczne s.c." o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o unieważnieniu postępowania w zakresie części 15 i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 8, na które to części odwołujący złożył oferty. Decyzji zamawiającego zarzucił:

1. wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty, pomimo braku prawidłowego wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp oraz zaniechanie prawidłowego wezwania do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożenia wyjaśnień w tym zakresie;
2. wykluczenie Odwołującego z postępowania z obu części, pomimo że Odwołujący wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu na co najmniej jedną z części;
3. zaniechanie wykluczenia z postępowania Venessa spółka z ograniczoną odpowiedzialności spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie - dalej „Venessa" - pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczy części 8);
4. zaniechanie wezwania Mirosława Cieślikowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Konserwacyjno - Remontowy Sieci i Urządzeń Elektroenergetycznych „CIEŚLIKOWSKI" - zwany dalej „CIEŚLIKOWSKI" -do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia

Czwarty z podniesionych zarzutów dotyczący oferty firmy „Cieślikowski" został rozpatrzony przez Izbę przy odwołaniu sprawy o sygn. KIO 2472/10.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że Zgodnie z pkt. 7.3.1. SIWZ: *„Na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawca musi wykazać, że wokresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - wtym okresie*

---

wykonał lub wykonuje konserwacją oświetlenia ulicznego, przez okres co najmniej 12

miesięcy łącznie (tzn. bez przerwy wsposób ciągły) następującej liczby opraw:
1) co najmniej 2500 szt. wprzypadku składania oferty na jedną część;
2) co najmniej 5000 szt. wprzypadku składania oferty na dwie części
Na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia wskazanego wyżej odwołujący przedstawił referencje wystawione przez Zarząd Dróg Miejskich w dn. 19.05.2008 r. oraz w dn. 11.03.2009 r. (ZDM/DTŚO/167/2009), a także referencje przez Urząd Miasta Sulejówek w dn. 20.05.2008 r. oraz w dn. 12.02.2009 r.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie spełnił wyżej wskazanego warunku i pismem z dnia 11 października 2010 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonych dokumentów (na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp). Wezwanie to jednak nie było precyzyjne i jednoznaczne, a także nie zawierało argumentacji z jakiego względu załączone do oferty dokumenty są niewystarczające. Tym samym odwołujący na podstawie wezwania nie mógł ocenić, jakie dokumenty powinien przedstawić, aby potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże z uzupełnionych referencji przesłanych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie podaje, iż wykonawca ten warunek spełnił, gdyż w okresie od 1 grudnia 2008 r. do 31 listopada 2009 r. dokonywał konserwacji jednocześnie 5 324 sztuk opraw.
Odwołujący w zakresie odpowiedzi na zarzut wskazał, że uważał, że wezwanie zamawiającego dotyczy tego, iż referencje nie zawierały właściwych danych. Podnosi, iż oferta składa się z szeregu dokumentów i właśnie z tych dokumentów składających się na ofertę winno wynikać spełnienie warunków przez odwołującego. Powołuje się na orzeczenie KIO o sygn. 2160/10, gdzie Izba uznała, iż wystarczające jest, jeśli spełnienie warunków przez wykonawcę wynika chociażby z samych referencji.
W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania firmy Venessa i odrzucenia jej oferty wskazał ,że Venessa podała w ofercie iż wszystkie usługi wskazane na wykazanie się doświadczeniem zostały wykonane przez podmioty trzecie. Tym samym by wykonawca, który złożył ofertę mógł się powoływać na to doświadczenie, musi udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich, przy wykonaniu

---

zamówienia. Podniósł że powoływanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego (to jest takiego, który nie ma statusu wykonawcy w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych) jest dopuszczalne tylko wówczas gdy podmiot ten będzie realizował zamówienie np.. jako podwykonawca i to w tym zakresie w jakim udostępniał swoje doświadczenie. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych tym zakresie, wskazał iż „powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 k.c). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Wykonawca moje polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tylko i wyłącznie wtedy, gdy zaangażuje ten podmiot bezpośrednio, osobiście w realizacji zamówienia - na zasadzie podwykonawstwa. W rezultacie możliwość polegania na zdolnościach podwykonawcy (jego wiedzy i doświadczeniu) jest dana wykonawcy tylko w tym zakresie, w jakim dysponuje zasobami podwykonawcy, a wiec tylko co do tej części namówienia, której wykonanie powierzył podwykonawcy (A. Sołtysińska, G. Wicik: "Dopuszczalność powoływania się na zdolność innych podmiotów", Kwartalnik PZP, Nr 4 (23J/2009, str. 19).
Zamawiający ustosunkowując się do tego zarzutu wskazał, iż sformułowania zawarte w przepisie art. 26 ust. 2b są nieostre i dają możliwość różnej ich interpretacji. Przy

ocenie spełnienia tego warunku przez wykonawcę zamawiający oparł się na argumentach podanych w wyroku KIO o sygn. 1265/10, gdzie Izba potwierdza, iż jest możliwe liberalne traktowanie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów. Stanowisko odwołującego dotyczące restrykcyjnego podchodzenia do treści tego przepisu zamawiający uważa za niewłaściwe, gdyż, jego zdaniem, stanowisko liberalne pozwala na udział większej liczby wykonawców w ubieganiu się o zamówienie. Ponadto wskazuje, iż nie jest prawdą, iż podmiot trzeci udzielił tylko

---

zobowiązania pisemnego, gdyż z treści oferty złożonej przez wykonawcę na str. 113-115 zawierającej wykaz pracowników wykonawcy którzy będą realizowali przedmiot zamówienia są wykazani pracownicy podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał wykonawcy. Ponadto wskazał, że oferta Venessy winna być również odrzucona gdyż nie spełnia wymogu dotyczącego formy złożenia takiego oświadczenia. Oświadczenia te są bowiem złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Venessa. Zamawiający wymagał dołączenia do wniosku pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia". Jak to wyżej wspomniano Venessa przedstawił oświadczenie podmiotu trzeciego w formie kopii poświadczonej przez siebie za zgodność z oryginałem.. Należy zatem przyjąć, iż Venessa nie przedstawił pisemnego zobowiązania ZUE S.A. do udostępnienia doświadczenia. Do zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego nie ma zastosowanie tzw. rozporządzenie o dokumentach, ponieważ podstawą żądania tego dokumentu jest art. 26 ust. 2b ustawy a nie wskazane rozporządzenie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania 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 odwołań, Izba w żadnym z odwołań nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia z mocy art. 189 ust. 2 ustawy.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp,

---

KIO 2452/10

Izba stwierdza, ze odwołanie jest nie zasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując analizy podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdza, że zamawiający dokonując badania i oceny ofert przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, z powodu zaistnienia przesłanki niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, w każdym indywidualnym przypadku, winien ustalić czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Przepis art.87 ust.2 pkt 3) cyt. ustawy zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie omyłek, które jednocześnie spełniają oba postawione w tym przepisie warunki: tj. polegają na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Dla ważności dokonanych poprawek konieczne jest aby wykonawca w terminie 3 dni od poinformowania go o tym fakcie przez zamawiającego, wyraził zgodę na dokonanie poprawy. Uregulowanie art. 87 ust.2 pkt. 3 jest nieostre, co wskazuje między innymi na fakt iż nie zawiera on katalogu dopuszczalnych zmian w treści oferty które mogą wystąpić po poprawieniu omyłek , tym samym dając swobodę zamawiającemu do poprawienia omyłek w zależności od zaistniałych okoliczności. Istotne postanowienia oferty należy wywodzić z istotnych postanowień umowy o realizację przedmiotu zamówienia, a więc z reguły będą dotyczyć przedmiotu zamówienia i ceny. Tym samym o istotnej zmianie treści oferty można mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby

tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że należałoby mówić o nowej ofercie ,a nie o pewnej korekcie oferty założonej przez wykonawcę / wyrok KIO 246/09/.

Izba uznała, że w niniejszej sprawie zasadnym było działanie Zamawiającego, polegające na dokonaniu poprawienia oferty BUDWEX w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. poprawieniu omyłki, polegającej na niezgodności oferty tego wykonawcy, z treścią siwz. W postanowieniach siwz zamawiający wyraźnie określił w jaki sposób należy dokonać wskazania ceny za konserwacje jednej sztuki lampy oświetlenia ulicznego tj. poprzez podanie kwoty netto, kwoty podatku VAT oraz kwoty brutto. Czyli należało najpierw wpisać cenę jednostkową netto, a nie cenę netto za całą ilość lamp wykazanych w siwz podlegających konserwacji w danej 3 części, III

---

rejonu. Wykonawca BUDWEX dopuścił się w tym zakresie omyłki, którą bez wątpienia należało poprawić, gdyż dla każdego na pierwszy rzut oka wydaje się nielogiczne aby miesięczną konserwację jednej sztuki lampy, wykonawca wycenił na kwotę 1 056 200,40 złotych. Zamawiający dokonał poprawnie tej omyłki, poprzez podzielenie wartości netto podanej przez ilość lamp przeznaczonych do konserwacji w danym rejonie. Izba uznaje za zasadne wyjaśnienie zamawiającego ,ze wezwał wykonawcę do wskazania sposobu obliczenia ceny podanej w ofercie. W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił, że w ofercie powinna być wpisana kwota 4,30 zł netto i 5,25 zł brutto oraz przedstawił sposób wyliczenia tej kwoty. Zamawiający podał również ,że przed wezwaniem wykonawcy dokonał wstępnego przeliczenia kwoty z oferty przez ilość lamp przeznaczonych do konserwacji i uzyskał taką samą kwotę jaką podał w wyjaśnieniu wykonawca BUDWEX. Tym samym w ocenie Izby - w tym konkretnym przypadku, nie doszło do istotnej zmiany treści oferty, bowiem cena ofertowa nie została w tym trybie zmieniona , a tylko omyłkowo wpisana kwota, została zastąpiona kwotą właściwą. Nie została również faktycznie zmieniona cena jednostkowa za usługę, bowiem jaka była faktycznie cena w tej pozycji, można było wywnioskować z pozostałych elementów oferty.

Zatem zgodzić się należy z zamawiającym, że ową niezgodność treści oferty z treścią siwz w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej należało potraktować jako omyłkę, która kwalifikuje się do poprawienia. Faktycznie w niniejszej sprawie poprawienie niezgodności treści oferty z treścią siwz sprowadza się do działania matematycznego, można by zatem również stwierdzić, że owa omyłka nosi również znamiona omyłki rachunkowej, którą można byłoby również poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże zamawiający nie popełnił w tym zakresie błędu gdyż omyłka dotyczyła błędu logicznego, co do omyłkowego przyjęcia, że w danym miejscu formularza należało wpisać cenę netto za łączną ilość lamp przewidzianych do konserwacji w danym rejonie, zamiast jednostkowej ceny netto za jedną lampę. Zatem poprawienie omyłki ma jedynie charakter rachunkowy (matematyczny), natomiast sama omyłka wiąże się z niezgodnością oferty, co do zapisów dotyczących sposobu obliczenia ceny.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia zapisów postanowień siwz dotyczących braku wpisania do formularza oferty. terminu realizacji umowy- bez podania daty dnia, oraz podania w formularzu innej ilości konserwowanych lamp oświetlenia niż to

---

wynikało z referencji uzupełnionej w wyniku wezwania wykonawcy, to Izba w tym zakresie uznaje za prawidłowe dokonane przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające , z którego jednoznacznie wynika ,że wykonawca BUDWEX wykazał się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem, co tym samym czyni zarzut odwołującego w tym zakresie za niezasadny.

Odnośnie zarzutu dotyczącego podania w wyniku poprawy nieprawidłowej kwoty podatku VAT – zamiast 0,95 zł podanie 0.95 gr. to Izba przychyla się do stanowiska zamawiającego, który stwierdził, iż cena w Rzeczypospolitej Polskiej może być wyrażona w złotych i groszach, co z uwagi na treść art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r. Nr 84, poz. 386), który stwierdza, iż złoty dzieli się na 100 groszy, prowadzi do wniosku, iż zaoferowana przez wykonawców cena, bez względu na to czy jest ceną za wykonanie całego przedmiotu zamówienia czy też ceną jednostkową, powinna być określona do dwóch

miejsc po przecinku, a więc nie może być wartością mniejszą niż jeden grosz. Samodzielne poprawienie przez zamawiającego w/w omyłki jest możliwe za pomocą powszechnie znanych działań arytmetycznych, bez konieczności prowadzenia pomiędzy zamawiającym a odwołującym jakichkolwiek negocjacji, gdyż podstawa do jej naprawy wynika z w/w przepisów ustawy.

Wskazane powyżej omyłki w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty, a kwalifikują się wprost do ich poprawienia przez zamawiającego w trybie przewidzianym art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy i doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonana poprawa oferty nie zawierają znamion istotności, gdyż nie zmienia się w najmniejszym stopniu przedmiotu zamówienia i ujętego w kosztorysie zakresu świadczenia wykonawcy. Dokonano tylko zmiany - poprawy omyłkowego wpisania w formularzu kwoty łącznej na wymaganą kwotę jednostkową, dającą się łatwo obliczyć w drodze prostego działania matematycznego. Odwołujący w tym zakresie nie zgłosił żadnych uwag ani nie przedstawił w tym zakresie dowodu przeciwnego.

Izba nie stwierdziła naruszenia przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

KIO 2472/10

Po dokonaniu analizy podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdza, że odwołanie jest zasadne.

Zamawiający postawił w pkt 8.1.5 w związku z pkt 7.3.3.3 siwz warunek udziału w postępowaniu polegający na obowiązku przedłożeniu wraz ofertą opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, zgodnej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 300.000 zł na każdą część zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę. Jako że przedmiotem zamówienia jest konserwacja oświetlenia ulicznego, to wykonawca winien przedstawić polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej na ten konkretny przedmiot zamówienia. Wykonawca złożył ofertę na 4 części zamówienia a tym samym winien przedłożyć polisę opiewającą na kwotę 1 200 tys. złotych. Wykonawca złożył dwie polisy przy czym jedna opiewała na kwotę jednego miliona złotych a druga na kwotę 200 tys. złotych. Polisa na 200 tys. złotych ubezpieczała od działalności objętej kodem działalności wg PKD 43.29 dotycząca ubezpieczenia w zakresie wykonywania pozostałych instalacji budowlanych , nie obejmująca ubezpieczenia w zakresie naprawy i konserwacji urządzeń elektrycznych czyli robót oznaczonych kodem według PKD 33.14.

W trakcie rozprawy zamawiający przywołał fakt iż obie te polisy zostały połączone aneksem do umowy ubezpieczeniowej, na podstawie którego na umowie na 200 tys. złotych zmieniono numer PKD, na właściwy dla robót elektrycznych. Wobec tego faktu zamawiający uznał obie polisy za prawidłowe.

Izba dokonując analizy powyższych ustaleń stwierdza zasadność gdyż podniesionych zarzutów, zamawiający wymagał ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej wykonawców, którzy złożą oferty w przedmiotowym postępowaniu. Celem tak stawianych wymogów jest, aby w przypadku zaistnienia zdarzeń (wypadków ubezpieczeniowych) wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej, wykonawca który uzyskał zamówienie publiczne, miał źródło pokrycia straty, spowodowane koniecznością wypłaty ewentualnych odszkodowań. Niewątpliwe jest że wykonawca nie przedłożył polisy na kwotę 200 tys. złotych obejmującą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej od działalności zgodnej z przedmiotem

---

zamówienia. Ponadto aneks do powyższej polisy z dnia 16 września 2010 roku nie był znany zamawiającemu w terminie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba nie ocenia prawidłowości sporządzenia aneksu do umowy ubezpieczenia gdyż, został on sporządzony po terminie oceny ofert, a Izba bada prawidłowość postępowania stron w trakcie postępowania o zamówienie, objęte zakresem zarzutów

odwołania. Odnośnie polisy na 200 tys. zł Izba podziela stanowisko odwołującego KAR-GOS ,że to ubezpieczenie jako krótkoterminowe sugeruje, że jest to ubezpieczenie jakiejś innej roboty mieszczącej się w PKD 43.29, a wykonawca celowo podpiął to ubezpieczenie do przedmiotowej sprawy aby spełnić warunek siwz. Tym samym zamawiający zaniechał obligatoryjnego wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy, a tym samym naruszył ten przepis i zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Wobec powyższego Izba dokonując unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie objętym odwołaniem nakazała zamawiającemu przed ponowną ocena ofert, wezwanie wykonawcy do wykazania spełniania warunku, na termin składania ofert, o którym mowa w pkt. 7.3.3.2 siwz.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust.3 w związku z art. 25 ust.1 ustawy Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

KIO 2500/10

Rozpatrując zarzut odwołania dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania dotyczącego części 15 rejonu XVIII stwierdziła , że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie mimo iż nie wszystkie podnoszone kwestie zdaniem Izby zasługują na uwzględnienie. Podstawową kwestią jest ustalenie czy wykonawca wykazał spełnienie warunku określonego w pkt. 7.3.1. siwz dotyczącego wykazania że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje konserwacją oświetlenia ulicznego, przez okres co najmniej 12 miesięcy łącznie (tzn. bez przerwy w sposób ciągły) co najmniej 5000 szt. lamp w przypadku składania oferty na dwie części. Z przedłożonego przez odwołującego przy ofercie, wykazu wykonanych robót nie wynikało iż spełnił on wymóg wykonywania napraw i konserwacji co najmniej 5 tys. sztuk lamp jednocześnie w sposób ciągły w okresie 12 kolejnych miesięcy. W wyniku wezwania pismem z dnia 11 października 2010 roku do uzupełnienia tego wymogu

---

w trybie art. 26 ust.3 ustawy pzp, odwołujący, przy piśmie z dnia 20.10.2010 roku, załączył referencje z których wynikało, że spełnił wymóg łącznego wykonywania konserwacji oświetlenia ulicznego, przez okres co najmniej 12 miesięcy, gdyż w okresie od 01.12.2008 do 30.11.2009 roku konserwował jednocześnie 5324 sztuki opraw. Zamawiający na rozprawie nie zakwestionował tych wyliczeń ,lecz wskazał, że powodem nieuznania spełnienia tego warunku był fakt iż wykazanie spełnienia wynikało tylko z załączonych referencji, a nie z wykazu dotyczącego potwierdzenia wymaganego doświadczenia. Wobec tego zamawiający, wskazał że opierając się na dokumencie złożonym przez odwołującego, nie mógł uznać, iż posiada on doświadczenie obejmujące wykonywanie konserwacji co najmniej 5 000 lamp w okresie 12 miesięcy.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że referencje składa się na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Jednakże jeśli z referencji w sposób nie budzący wątpliwości wynika spełnienie wymogu określonego w siwz, a nie wynika to jednocześnie wprost z wykazu usług, to należy uznać, iż powyższe dokumenty, jako ze sobą korespondujące, uzupełniają się w zakresie informacji w nich zawartych. Zdaniem Izby w niniejszym stanie faktycznym pominięcie referencji przy ocenie złożonych ofert prowadziłoby do pewnej fikcji oraz zbędnego formalizmu. Izba podkreśla, że nieuprawnionym byłoby ocenianie wymogu spełnienia warunku, wyłącznie w oparciu o złożony przez odwołującego wykaz usług, pomijając w tym zakresie dane wynikające z referencji. Dlatego też Izba uznaje wykluczenie odwołującego z postępowania, odrzucenie jego oferty oraz unieważnienie w części 15 – rejonu XVIII postępowania za niezasadne.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania firmy Venessa i odrzucenia jego oferty, Izba stwierdza że zarzut odwołującego dotyczący braku wykazania przez firmę Venessa że podmiot udostępniający swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia tj. ZUE S.A. będzie uczestniczył w realizacji

wykluczeniem wykonawcy z zamówienia jako podwykonawca, winien skutkować

postępowania, nie znajduje w tej konkretnej sprawie uzasadnienia. Zgodnie z art. 26

ust.2 b wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków. W takiej sytuacji wykonawca jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w

---

tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów. Tak więc podstawowym warunkiem jest fakt stwierdzenia na piśmie możliwości dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego oraz wskazanie w ofercie takich elementów z tym związanych, które przekonałyby zamawiającego, że dysponowanie tymi zasobami jest wystarczające aby prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego też nie w każdej sytuacji konieczne jest uczestnictwo podmiotu udzielającego swoich zasobów w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawcy. Ustawodawca co do oceny tego faktu pozostawił swobodę zamawiającemu. W tej konkretnej sytuacji zamawiający biorąc pod uwagę fakt, że podmiot udostępniający swój potencjał skierował do realizacji zamówienia swoich pracowników – str. 113 – 115 oferty, uznał udostępnienie potencjału w takim zakresie za wystarczające. Odwołujący nie wykazał , że w tej sytuacji prawidłowe wykonanie zamówienia będzie niemożliwe. Natomiast Izba uważa za zasadny zarzut dotyczący załączenia do oferty oświadczenia ZUE S.A. z dnia 17 września 2010 r. w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Venessa. Zamawiający wymagał dołączenia do wniosku pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia". Tym samym nie wypełnił obowiązku, który nałożył na niego zamawiający w siwz, ponieważ oświadczenie to nie było pisemne. Dla zachowania bowiem formy pisemnej dokumentu konieczne jest złożenie pod oświadczeniem własnoręcznego podpisu osoby, której to oświadczenie dotyczy. Należy zatem przyjąć, iż Venessa nie przedstawił pisemnego zobowiązania ZUE S.A. do udostępnienia doświadczenia, a co za tym idzie nie wykazał że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba zwraca uwagę na fakt, że do zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego nie będzie miało zastosowanie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz. U. z 2006 nr 87 poz 605 ze zm.), ponieważ podstawą żądania tego dokumentu jest art. 26 ust. 2b ustawy, a nie wskazane rozporządzenie.

Możliwość ta dotyczy tylko i wyłącznie dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu o dokumentach. Skoro rozporządzenie o dokumentach nic nie mówi

---

o zobowiązaniu innych podmiotów do udostępnienia potencjału , a możliwość żądania tego dokumentu wynika wprost z ustawy (art. 26 ust. 2b) to § 6 ust. 2 w/w rozporządzenia o dokumentach nie może mieć zastosowania dla tego typu zobowiązań.

Należy nadto zwrócić uwagę także na to, że pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego jest dowodem mającym służyć wykazaniu, ze wykonawca rzeczywiście będzie dysponował zasobami osoby trzeciej. Art. 26 ust. 2 b stanowi, ze wykonawca korzystający z zasobów ma udowodnić zamawiającemu, ze będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego do wykonania zamówienia i przepis ten wskazuje, że w szczególności takim dowodem może być pisemne zobowiązanie podmiotu.

W przedmiotowej sprawie dowodem potwierdzającym udostępnienie wykonawcy przez podmiot trzeci swoich zasobów jest tylko to pisemne udostępnienie. Tym samym zdaniem Izby winno być złożone w oryginale . Ponadto w trakcie rozprawy zamawiający nie wykazał ,że wykonawca składając kopię dokumentu udostępnienia przez ZUE S.A swoich zasobów dysponował orginałem tego dokumentu. Brak takiego oryginału wskazywał by również na brak możliwości potwierdzenia przez wykonawcę kopii takiego dokumentu, gdyż potwierdzenie za zgodność z orginałem jest możliwe tylko w sytuacji kiedy stwierdzający ma możliwość porównania treści kopii z orginałem.

Dlatego też Izba nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w części 8 zamówienia i przed ponowną ocena ofert wezwanie wykonawcy w trybie art.26 ust.3 do przedłożenia pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego swój potencjał.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego art.24 ust.2 pkt.4, 26 ust.2b i 3 ustawy Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.