

Sygn. akt: KIO 2752/11

**WYROK**

**z dnia 4 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 85 – 915 Bydgoszcz, ul. Podchorążych 33**

przy udziale:

- A. Wykonawcy: **Zakład Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82 – 310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie zadania nr I
- B. Wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ŁAD Teresa Huruk, Łukasz Lange, Jan Lange s.c., 76 – 200 Słupsk, ul. Gdyńska 13B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie zadania nr VII

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty w zadaniu nr VII i dokonanie ponownego badania i oceny ofert w**

**zakresie zadania nr VII w sposób wskazany w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego wyroku**

**2. Kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 85 – 915 Bydgoszcz, ul. Podchorążych 33, i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **Impel Cleaning Sp. z o. o., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, 85 – 915 Bydgoszcz, ul. Podchorążych 33** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o. o., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 85 – 915 Bydgoszcz, ul. Podchorążych 33 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Usługę kompleksowego utrzymania czystości”. Przedmiot zamówienia został podzielony na siedem elementów/zadań.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 7 października 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 października 2011 r. pod numerem 2011/S 196-319601.

Wykonawca - Impel Cleaning Sp. z o. o., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118 (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 23 grudnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej odwołanie na czynność zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia ofert następujących wykonawców: Zakładu Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82 – 310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7a (oferta najkorzystniejsza w zadaniu nr I) oraz Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowe ŁAD Teresa Huruk, Łukasz Lange, Jan Lange s.c., 76 – 200 Słupsk, ul. Gdyńska 13B (oferta najkorzystniejsza w zadaniu nr VII).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia w zadaniu nr I wybranego wykonawcę Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne, gdyż nie wniósł wadium, jak również nie spełnił warunków udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2 i 8 w związku z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego oraz odrzucenia oferty

w zadaniu nr VII wybranego wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „ŁAD” s.c. Teresa Huruk, Łukasz Lange, Jan Lange s.c. z siedzibą ul. Gdyńska 13 B, 76-200 Słupsk, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

- art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr I i VII.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w elemencie (zadaniu) nr I i VII,

- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia w elemencie (zadaniu) nr I - Wykonawcy: Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp,

- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia w elemencie (zadaniu) nr VII - wykonawcy: Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowe „ŁAD” s.c. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2 i 8 ustawy Pzp,

- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych w elementach (zadaniach) nr I i VII.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż 13 grudnia 2011 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w elementach (zadaniach) nr I i VII. Odwołujący nie zgodził się z rozstrzygnięciem postępowania przez Zamawiającego w elemencie I i VII. W elemencie (zadaniu) nr I Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca: Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” Sp. z o.o., winien być wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, gdyż nie wniósł wadium. Wykonawca wniósł wymagane wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarant, Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. zobowiązał się względem beneficjenta, m.in. do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie, w przypadku gdy Zleceniodawca, o ile jego oferta zostanie wybrana, spowodował, że zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Przywołany wyżej zapis gwarancji jest niezgodny z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, bowiem ustawa Pzp w ww. przypadku nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechanie (spowoduje) wykonawcy. Stosowany zapis brzmi: *„zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”*. Tymczasem, w opinii Odwołującego treść gwarancji przedłożonej przez wybranego wykonawcę: Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” Sp. z o.o.

zawężą przesłanki zatrzymania gwarancji w stosunku do ustawowych przesłanek do przypadków, w których to działania wykonawcy doprowadziło że zawarcie umowy staje się niemożliwe. Ustawa tymczasem, zdaniem Odwoływającego zupełnie abstrahuje od tego czy okoliczność skutkująca niemożnością zawarcia umowy powstała w wyniku działań wykonawcy czy też bez jego udziału. Literalna wykładania przepisu art. 46 ust 5 pkt 3 ustawy Pzp i treści gwarancji wadialnej wybranego wykonawcy prowadzi, w ocenie Odwoływającego do jednoznacznego wniosku, że dokument ten nie spełnia wymogów określonych w tak w ustawie jak i w SIWZ. Izba Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Zatem, według Odwoływającego skoro gwarancja nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W związku z powyższym, w ocenie Odwoływającego, wykonawca: Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” Sp. z o.o. nie wniósł wymaganego wadium i podlega wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto wykonawca: Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” Sp. z o.o. winien zostać również wykluczony w elemencie (zadaniu) nr I na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, gdyż nie złożył w ofercie dokumentów w wymaganej formie (odpis KRS, zaświadczenie US i ZUS, informacje z KRK, referencje, polisa). Załączone do oferty kopie dokumentów zostały opatrzone wyłącznie swoim imieniem i nazwiskiem. Brak jest oświadczenia "za *godność z oryginałem*". W doktrynie i obrocie gospodarczym przyjęte jest, że sama parafa na dokumencie oznacza, że osoba parafująca zapoznała się z treścią dokumentu, a także potwierdzać ma pochodzenie tego dokumentu (właśnie od osoby, której parafa, lub podpis, się na nim znajduje). Natomiast poświadczenie za zgodność z oryginałem jest oświadczeniem, na mocy którego składający podpis potwierdza pewien fakt- tj. że przedstawiona kopia odpowiada oryginałowi, z którego została sporządzona. Tym samym oba rodzaje "podpisów" niosą za sobą różną treść i parafowanie dokumentu nie może zastąpić ani być interpretowane jako poświadczenie za zgodność z oryginałem (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2010 r. - sygn. akt KIO/UZP 1701/10). Odwoływający zaznaczył również, iż w elemencie (zadaniu) VII oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, gdyż nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca winien zostać wykluczony również na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. W opinii Odwoływającego w dołączonym do oferty wykazie usług wykonawca nie wypełnił kolumny „*informacje potwierdzające*

*spełnianie warunku opisanego w siwz*". W opinii Odwołującego przygotowany przez Zamawiającego wzór załącznika nr 6 do SIWZ w kolumnie nr 4 wymagał od wykonawców podania określonych informacji: kubatury sprzątaných budynków, wielkości powierzchni utwardzonej oraz powierzchni terenów zielonych na jakiej usługa była wykonywana. Wybrany wykonawca danych tych (np. o kubaturze sprzątaných budynków) nie zawarł ani w wykazie ani w innych dokumentach - w szczególności w referencjach potwierdzających wykonanie usług wskazanych przez wybranego wykonawcę. Skoro Zamawiający ich żądał i żaden z wykonawców żądania tego nie kwestionował, to na etapie po złożeniu ofert Zamawiający ma obowiązek egzekwować od wykonawców wszystkie dane, których na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w SIWZ oczekiwał. Wykonawca winien zatem zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, iż wybrany w elemencie VII wykonawca wskazał w ofercie nieprawidłową ilość miesięcy do obliczenia ceny (tabela nr 3 - usługa świadczona na terenach zielonych). Zgodnie z danymi zawartymi przez Zamawiającego w SIWZ wykonawcy przy kalkulowaniu ceny mieli się posługiwać wzorem do wyliczenia ceny, którego jednym z elementów było składanie oświadczenia o ilości miesięcy, w których usługa ma być świadczona. Wykonawcy mieli obowiązek samodzielnie wypełnić formularz, Zamawiający zaś nie wpisywał do niego żadnych stałych elementów. To od woli wykonawców zależało do czego się na rzecz Zamawiającego zobowiązują. Podanie przez wybranego wykonawcę innej liczby miesięcy niż faktyczna liczba miesięcy w których należy usługę utrzymania terenów zielonych realizować, jednoznacznie przesądza o niezgodności treści takiej oferty z treścią SIWZ. Wpisanie odmiennej liczby miesięcy świadczenia usługi wynika to z SIWZ, nie stanowi ani omyłki pisarskiej, ani omyłki rachunkowej. To świadoma decyzja wykonawcy i jego oświadczenie, o tym w jakim czasie takie usługi zamierza realizować. Trudno uznać iż wpisanie liczby „7” zamiast „23” to omyłka. Różnica między nimi jest istotna, nie wynikająca z żadnego „skrótów myślowego” lub „błędu”. Liczby te ze sobą nie sąsiadują na klawiaturze komputera (gdyby przyjął, że omyłkowo wciśnięto sąsiedni klawisz). Trudno też mówić, o tym iż osoba wpisująca dane do formularza „zapomniała” o wpisaniu np., jednej cyfry w dwucyfrowej liczbie. Taki a nie inny sposób wypełnienia tabeli 3 to świadomy wybór wykonawcy, niezgodny z treścią SIWZ i nie podlegający w żaden sposób poprawieniu w trybie art. 87 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma uprawnień do poprawienia takiego błędu, gdyż Zamawiający nie ma możliwości składania oświadczeń woli za wykonawcę co do zakresu świadczenia. Korekta oferty wykonawcy przez Zamawiającego nastąpiła z rażącym naruszeniem przepisu art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Według Odwołującego oferta wykonawcy winna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy Pzp, gdyż została podpisana przez osobę nieuprawnioną. Na str. 55 dołączono pełnomocnictwo dla pana Jana Lange z dnia 15.II.2011 r., które zostało udzielone na czas obowiązywania

umowy. Wskazać należy, że z treści pełnomocnictwa nie wynika o jaką „umowę” chodzi. W konsekwencji nie sposób ustalić, czy umocowanie dla pełnomocnika obowiązywało w dniu składania ofert.

W dniu 13 grudnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniach o nr I-VII na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Czynności zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia ofert wykonawców: Zakładu Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82 – 310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7a (oferta najkorzystniejsza w zadaniu nr I) oraz Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowe ŁAD Teresa Huruk, Łukasz Lange, Jan Lange, 76 – 200 Słupsk, ul. Gdyńska 13B (oferta najkorzystniejsza w zadaniu nr VII) stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o. o., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Zakład Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82 – 310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7a zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zadania nr I,
- Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ŁAD Teresa Huruk, Łukasz Lange, Jan Lange, 76 – 200 Słupsk, ul. Gdyńska 13B zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zadania nr VII.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców: Zakładu Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82 – 310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7a oraz Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowe ŁAD Teresa Huruk, Łukasz Lange, Jan Lange, 76 – 200 Słupsk, ul. Gdyńska 13B jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 27 grudnia 2011 r.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienia wykonawców: Zakładu Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82 – 310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7a oraz Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowe ŁAD Teresa Huruk, Łukasz Lange, Jan Lange, 76 – 200 Słupsk, ul. Gdyńska 13B (dalej zwanych odpowiednio: „Przystępującym MOP83” oraz „Przystępującym ŁAD”), po stronie Zamawiającego są skuteczne, gdyż wykonawcy zgłosili przystąpienie odpowiednio w dniu 27 grudnia 2011 r. oraz 30 grudnia 2011 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. w 1-dniu oraz odpowiednio 3- dniu od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 27 grudnia 2011 r.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za zasadne w zakresie jednego z zarzutów dotyczących części VII.

Izba uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, nadesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Co do pierwszego zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej, odnoszącego się do zadania/elementu I Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się.

W ofercie Przystępującego MOP 83 w treści kwestionowanej gwarancji określono warunki wypłaty wadium, w przypadku gdy oferta Przystępującego MOP 83 zostanie wybrana w niniejszym postępowaniu, tj. gdy wykonawca ten:

- a) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) spowodował, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w sprawie i zgromadzony materiał dowodowy Izba stwierdziła, że przedłożona przez Przystępującego MOP 83 gwarancja wadialna w niniejszym postępowaniu zabezpiecza jego ofertę w kwestionowanym zadaniu I. Kwestionowana gwarancja wskazuje na wymagane przez Zamawiającego zabezpieczenie



finansowe, jak również dotyczy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest nieodwołalna i bezwarunkowa. Kwestionowany przez Odwołującego jeden warunek wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego odnosi się do sytuacji określonej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powyższy zapis został zmodyfikowany w gwarancji wadialnej przedłożonej przez Przystępującego MOP 83. Dodano tam wskazanie do przesłanki zatrzymania wadium przez Zamawiającego, w sytuacji, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana spowodował, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Użycie w treści gwarancji określenia „spowodował” w przedmiotowej gwarancji nie prowadzi do jakiegokolwiek ograniczenia z prawnej możliwości zatrzymania wadium w stosunku do literalnie określonej przesłanki ustawowej zatrzymania wadium, wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis uzależnia zatrzymanie wadium od sytuacji, w której nie będzie możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ustawodawca zatem wyraźnie określił, że ta przesłanka zatrzymania wadium związana jest z wykonawcą - tak z jego określonymi działaniami, jak i zaniechaniami, które doprowadziły do sytuacji, w której niemożliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 612/11).

W ocenie Izby użycie w treści gwarancji określenia „spowodował”, odnoszące się również do wykonawcy żadnego ograniczenia w tym zakresie w stosunku do regulacji ustawowej, nie wprowadza. Jak słusznie podnosił Przystępujący MOP 83 określenie „spowodował” według słownikowego określenia oznacza: „przyczynienie się do czegoś, stanie się przyczyną czegoś, wywołanie czegoś”. Powyższe mieści się w sformułowaniu użytym w dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp: „stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Użycie w treści gwarancji wadialnych określenia „spowodował” wiąże się tylko z zastosowaniem poprawności stylistycznej określonych przez gwaranta podstaw do zatrzymania wadium.

Zatem rozstrzygając niniejszą sprawę, mając powyższe na względzie Izba uznała, że treść gwarancji Przystępującego MOP 83 w zadaniu nr I jest prawidłowa.

Co do drugiego zarzutu dotyczącego części I zamówienia a dotyczącego załączonych do oferty kopii dokumentów: odpisu KRS, zaświadczenia US i ZUS, informacji z KRK, referencji, polisy Izba uznała, że powyższy zarzut również nie znalazł potwierdzenia w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Według Odwołującego załączone do oferty

kopie dokumentów zostały opatrzone wyłącznie imieniem i nazwiskiem. Brak było oświadczenia "za zgodność z oryginałem".

Izba uznała, że Odwołujący powyższy zarzut oparł na błędnych ustaleniach faktycznych. Izba ustaliła, że każdy z kwestionowanych dokumentów załączonych do oferty zawierał oświadczenie „za zgodność z oryginałem”. Powyższe Zamawiający potwierdził również okazując na rozprawie oryginalną dokumentację niniejszego postępowania. Zatem w świetle powyższego, - zdaniem Izby – powyższy zarzut jest niezrozumiały i nie może znaleźć oparcia w niniejszym stanie faktycznym.

Co do zarzutu Odwołującego, że str. 55 dołączono pełnomocnictwo dla pana Jana Lange z dnia 15.II.2011 r., które zostało udzielone na czas obowiązywania umowy, zaś z treści pełnomocnictwa nie wynika o jaką umowę chodzi.

Izba ustaliła, że pełnomocnictwo z dnia 15 listopada 2011 r. załączone do oferty w dotyczy niniejszego postępowania jak również w swej treści upoważnia m. in. do złożenia i podpisania oferty. Odwołujący kwestionując przedłożone pełnomocnictwo twierdził, że z treści pełnomocnictwa nie wynika o jaką umowę chodzi i w związku z tym na jaki okres została ona zawarta. Niezależnie od powyższego Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych wskazujących, że przywołana w treści pełnomocnictwa umowa dotyczy innej umowy (niż umowa w sprawie zamówienia publicznego) i że została zawarta na okres krótszy niż do 30 listopada 2011 r., w którym to dniu podpisano ofertę. Zatem biorąc pod uwagę, iż pełnomocnictwo z dnia 15 listopada 2011 r. upoważniało do podpisania i złożenia oferty (która to została złożona w dniu 30 listopada 2011 r.) zatem Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że osoba podpisująca ofertę nie była upoważniona do jej złożenia. Zatem należało uznać, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym.

Co do zarzutu Odwołującego, iż w dołączonym do oferty wykazie usług wykonawca nie wypełnił kolumny „informacje potwierdzające spełnianie warunku opisanego w siwz” a przygotowany przez Zamawiającego wzór załącznika nr 6 do SIWZ w kolumnie nr 4 wymagał od wykonawców podania określonych informacji: kubatury sprzątaných budynków, wielkości powierzchni utwardzonej oraz powierzchni terenów zielonych na jakiej usługa była wykonywana Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że modyfikacją z dnia 28 listopada 2011 r. dopuścił sytuację gdzie wykonawca mógł się wykazać 1 lub 2 usługami (umowami), które łącznie dotyczą sprzątnania budynków, utrzymania czystości terenów utwardzonych i utrzymania czystości terenów zielonych, których łączna wartość brutto jest nie mniejsza niż 700 tys. zł. Zamawiający wskazał, iż Przystępujący „Ład” wykazał się w poz. trzeciej wykazu usług usługą powyższej 700 tys. zł dla ADM Bydgoszcz wskazując wszystkie wymagania Zamawiającego w tym zakresie. Zatem biorąc pod rozwagę treść postawionego warunku oraz braku po stronie

Odwołującego argumentów przeciwnych należało uznać, że powyższa usługa spełniała wymagania Zamawiającego i powyższy zarzut również nie może się ostać w niniejszym stanie faktycznym.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż wybrany w elemencie VII wykonawca – Przystępujący „Ład” - wskazał w ofercie nieprawidłową ilość miesięcy do obliczenia ceny (tabela nr 3 - usługa świadczona na terenach zielonych), zamiast 23 miesiące zaoferował świadczenie usługi przez 7 miesięcy. Izba zgodziła się z Odwołującym, że zgodnie z danymi zawartymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz po dokonanej modyfikacji SIWZ w dniu 17 listopada 2011 r. (co również na rozprawie potwierdził Zamawiający) wykonawcy przy kalkulowaniu ceny mieli się posługiwać wzorem do wyliczenia ceny, którego jednym z elementów było składanie oświadczenia o ilości miesięcy, w których usługa ma być świadczona. Ponadto Izba ustaliła, że w swojej ofercie Przystępujący „Ład” zaoferował, że będzie świadczył powyższą usługę przez okres 7 miesięcy, nie zaś jak wymagał tego Zamawiający po dokonaniu modyfikacji SIWZ z dnia 17 listopada 2011 r. - 23 miesiące. Zamawiający zaś pismem z dnia 8 grudnia 2011 r. poprawił ofertę Przystępującego „Ład” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, iż Zamawiający dokonując badania i oceny ofert przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, w każdym indywidualnym przypadku, powinien zbadać czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba zauważa, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia w ofercie omyłek, które spełniają postawione w tym przepisie warunki, t.j. polegają na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliuguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W opinii Izby, poprawienie przez Zamawiającego ilości miesięcy w tabeli nr 3- z 7 na 23 miesiące – nie stanowi w świetle dyspozycji art. 87. Ust. 2 pkt 3 ustawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. O ile jeszcze Zamawiający mógł zakwalifikować powyższą omyłkę jako inną omyłkę

polegającą na niezgodności oferty z SIWZ to nieuprawnionym było uznanie powyższej omyłki jako niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W opinii Izby poprawienie terminu świadczenia usługi z 7 na 23 miesiące jest istotną zmianą treści oferty co w konsekwencji przedkłada się również na wartość całej oferty, spowoduje to w opinii Izby, że powyższa zmiana będzie istotna w stosunku do wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie modyfikacją SIWZ (tabela nr 3 - z 7 miesięcy na 23 miesiące) jak również będzie ona istotna w stosunku do wartości całej oferty (poprawienie kwoty brutto w tabeli nr 3 – z kwoty 103.764,17 zł na kwotę 338.444,22 zł, oraz łączna zmiana ceny oferty z kwoty 1.101.599,78 zł na kwotę 1.276.332, 78 zł brutto).

W świetle powyższego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty w zadaniu nr VII i dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr VII.

Zatem, biorąc pod uwagę, że w niniejszym stanie faktycznym nie było podstaw do uznania w zadaniu VII powyższej omyłki jako omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty Zamawiający nie był uprawniony do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaś oferta Przystępującego „Ład” powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik w zadaniu/elemente nr VII i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....