

Sygn. akt: KIO 753/11

Sygn. akt: KIO 758/11

## WYROK

z dnia 21 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 11 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** (sygn. akt KIO 753/11);
- B. w dniu 11 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz (pełnomocnik konsorcjum), 2. MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j., adres dla pełnomocnika: ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa** (sygn. akt KIO 758/11)

w postępowaniu prowadzonym przez **ENERGA-OPERATOR S.A., ul. Hryniewickiego 6C/45, 81-340 Gdynia,**

przy udziale:

- 1. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz (pełnomocnik konsorcjum), 2. MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j., adres dla pełnomocnika: ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 753/11 po stronie zamawiającego;
- 2. wykonawcy **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 753/11 oraz KIO 758/11 po stronie zamawiającego;

3. wykonawcy **Unia Sp. z o.o., ul. Potocka 14, 01-652 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 753/11 po stronie zamawiającego;
4. wykonawcy **KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 758/11 po stronie zamawiającego;
5. wykonawcy **Logon S.A., ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 758/11 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1A. oddala odwołanie;

1B. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża:

- **KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537, oraz**

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz (pełnomocnik konsorcjum), 2. MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j., adres dla pełnomocnika: ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz (pełnomocnik konsorcjum), 2. MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j., adres dla pełnomocnika: ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO/753/11**

**Sygn. akt: KIO/758/11**

### **Uzasadnienie**

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym Zamawiającego – ENERGA - OPERATOR S.A z Gdańska na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2010 r. nr 113, poz.759, ze zm.) [ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na wykonanie Infrastruktury Pośredniczącej w technice WiMax. Odwołanie o sygn. akt: KIO/753/11 zostało wniesione przez wykonawcę - Koma Nord Sp. z o.o. z Gdyni [KOMA NORD], a odwołanie o sygn. akt: KIO/758/11 zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Paweł Karcz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz - Lider Konsorcjum z Gdyni oraz 2) Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda sp. j. z Krakowa [Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz].

### **Odwołanie (1) sygn. akt: KIO/753/11**

Odwołanie zostało wniesione od czynności: (1) wykluczenia z postępowania firmy KOMA NORD sp. z o.o. z naruszeniem art.24ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art.89 ust.1pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na brak przesłanek do odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy; (2) zaniechania odrzucenia oferty firmy WASKO S.A. - sprzecznej z SIWZ oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji a tym samym naruszenie art. 89 ust.1 pkt.2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp i art. 3 ustawy z dnia 6.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003r.Nr 153 poz.1503); (3) zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty firmy UNIA sp. z o.o. - a tym samym naruszenie art. 24ust.2pkt.4 w związku z art.89 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o: (1) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty firmy KOMA NORD sp. z o. o.; (2) odrzucenie oferty firmy WASKO S.A.; (3) odrzucenie oferty firmy UNIA sp. z o.o. oraz zakwalifikowanie oferty firmy KOMA NORD sp. z o.o. do grona wykonawców z którymi zostanie podpisana umowa ramowa. Wykonawca podał także, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku prawidłowej oceny ofert i odrzuceniu oferty firmy WASKO S.A. lub oferty Unia sp. z. o.o. oraz przywrócenie do postępowania firmy KOMA NORD sp. z o.o. zostałyby podpisana umowa ramowa z odwołującym. Wobec naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych odwołujący został pozbawiony możliwości zawarcia umowy ramowej a tym samym możliwości złożenia oferty na realizację umów wykonawczych. W uzasadnieniu odwołania podał co następuje:

W zakresie zarzutu 1 (bezzasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania) wskazał, że zgodnie z działem XIII SIWZ w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca powinien spełnić następujące wymagania: a/ posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej; b/ ubezpieczenie to ma być w zakresie prowadzonej działalności; c/ działalność ta ma być związana z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych oraz d/ ubezpieczenie to ma mieć poziom minimum 5 mln PLN. Z kolei zgodnie z Działem XIV pkt.4.3.2a SIWZ w celu wykazania spełnienia tego warunku Wykonawca powinien przedstawić: a/ opłaconą polisę, a w przypadku jej braku b/ inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych. W ofercie Odwołującego zawarte zostały m. in. następujące dokumenty: (1) Wniosek o zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z 24.09.2010r. w przedmiocie prowadzonej działalności: handel hurtowy, naprawa i konserwacja komputerów, działalność związana z oprogramowaniem i doradztwem w zakresie informatyki oraz działalność powiązana; (2) Polisa nr 901005836615 z dnia 24.09.2010r. w przedmiocie - OC działalność gospodarcza - na sumę ubezpieczenia 800.000.-zł; (3) Polisa 801000394151 z dnia 2.10.2010r. zwiększająca sumę ubezpieczenia z kwoty 800 000 zł. do 2mln zł. z zachowaniem pozostałych niezmienionych postanowień umowy ubezpieczenia - polisa nr 901005836615, oraz (4) Polisa nr 903000400920 z 6.02.2011r. zwiększająca sumę ubezpieczenia do 5mln zł z klauzulą, iż dodatkowe ubezpieczenie obejmuje roszczenia wynikłe z wykonywania kontraktu dla ENEGRA OPERATOR s. a. [postępowanie przetargowe nr ZP/53/RZU/2010 na wykonanie Infrastruktury Pośredniczącej w technice WiMax dla ENERGA-OPERATOR S.A.]. Podał także, że pismem z dnia 4.03.2011r. Zamawiający wezwał firmę KOMA NORD sp. z o.o. do uzupełnienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówień realizacyjnych. W odpowiedzi na wezwanie przedłożono pismo z dnia 17.03.2010r. podpisane na papierze firmowym ERGO-HESTIA przez Monikę B Pośrednictwo Ubezpieczeniowe potwierdzające, że firma KOMA NORD sp. z o.o. na dzień składania ofert tj. 7.02.2011r. posiadała i posiada nadal ważną polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej do wysokości 5 mln PLN z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówień realizacyjnych wynikających z postępowania dla ENERGA - OPERATOR S.A. Jednocześnie potwierdzono opłacenie składki z tytułu w/w polisy. Pismem z dnia 07.04. 2011 r. firma KOMA NORD sp. z o.o. została wykluczona z postępowania, gdyż zdaniem Zamawiającego: (1) polisa główna nie została dołączona, oraz (2) polisa rozszerzająca 903000400920 obejmuje jedynie szkody wynikłe z wykonania kontraktu dla ENERGA - OPERATOR S.A. na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice WiMAX, tym samym polisa obejmuje

jedynie szkody związane z wykonywaniem umowy ramowej, która zostanie zawarta po rozstrzygnięciu niniejszego postępowania. W szczególności, według Zamawiającego, polisa ta nie obejmuje ubezpieczeniem działalności prowadzonej przez Wykonawcę i w żaden sposób nie odnosi się do problematyki zamówień realizacyjnych. Oznacza to według Zamawiającego, że z załączonych do oferty dokumentów nie wynika, że Wykonawca jest objęty ubezpieczeniem OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówień realizacyjnych. Zamawiający zwrócił też uwagę, że opłacona polisa nie ma być przedkładana w celu zabezpieczenia należytego wykonania konkretnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ani tym bardziej umowy ramowej, ale w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności ekonomicznej. Ponadto wykonawca złożył oświadczenie przedstawiciela pośrednictwa ubezpieczeniowego a nie ubezpieczyciela, zatem według Zamawiającego nie jest to dokument pochodzący od ubezpieczyciela, a ponadto jego treść nie zawiera żadnych danych pozwalających na weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu poza ogólną deklaracją pośrednika. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie uzupełnił wymaganych dokumentów. Zdaniem wykonawcy dokonana ocena jest nieuzasadniona, albowiem Polisa nr 901005836615 z dnia 24.09.2010r. została załączona do pierwotnej oferty złożonej w dniu 7 lutego 2011r., co zostało przeoczone przez Zamawiającego. Wykonawca zwrócił uwagę na przedstawione w ofercie także aneksy do tej polisy, które jego zdaniem dostatecznie potwierdzały fakt jej istnienia, Wykonawca wskazał także na § 4, § 5 i § 6 ogólnych warunków ubezpieczenia oraz na art. 822 KC, stwierdzając, że Zamawiający wymagał przedłożenia polisy OC w zakresie prowadzonej działalności związanej /nie - identycznej/ z przedmiotem zamówień realizacyjnych na minimum 5 mln zł. Jego zdaniem, nie ulega wątpliwości, iż przedmiotem umów realizacyjnych będzie wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice WiMax dla ENERGA-OPERATOR S.A. Zatem wystarczyło wykazać się prowadzeniem działalności związanej z przedmiotem zamówień realizacyjnych i ją ubezpieczyć na wypadek wyrządzenia szkód przy jej wykonywaniu. Odwołujący stwierdził także, że firma KOMA NORD sp. z o.o. o. posiadała polisę OC na prowadzoną działalność zgodnie z wnioskiem (działalność związana z oprogramowaniem i doradztwem w zakresie informatyki oraz działalność powiązana, handel hurtowy, naprawa konserwacja komputerów) najpierw na 800 tys. zł., później na 2 mln. Na potrzeby omawianego postępowania wartość ubezpieczenia została podniesiona do 5 mln zł, ze szczegółowym wskazaniem, iż odpowiedzialność OC obejmuje szkody wynikłe z wykonywania kontraktu dla ENERGA - OPERATOR S.A., o którym mowa w postępowaniu ZP/53/RZU/2010 na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice WiMax. Oczywiście jest, iż realizacja umowy ramowej może nastąpić tylko na podstawie umów realizacyjnych. Zatem przedłożone polisy poświadczają zdolność ekonomiczną wykonawcy w zakresie

bardziej szczegółowym niż wymagano w SIWZ, gdyż Wykonawca posiada ubezpieczenie na 5mln zł nie tylko działalności gospodarczej w ogólnym zakresie związanym z przedmiotem zamówień realizacyjnych, ale działalności tożsamej z przedmiotem zamówień realizacyjnych. Podkreślił, że dodatkowa polisa nr 903000400920 obejmuje szkody wyrządzone przy realizacji działalności polegającej na wykonaniu infrastruktury pośredniczącej w technice WiMax do 5 mln zł. Wskazał także, że ubezpieczenie OC może obejmować zarówno odpowiedzialność deliktową jak i kontraktową, co powinno być uwzględnione przy ocenie polisy firmy KOMA NORD. Wykonawca przedłożył również dowód opłacenia składek w postaci oświadczenia pośrednika ubezpieczyciela co jest prawidłowe, gdyż Zamawiający nie postawił żadnego warunku, co do formy „innego dokumentu niż polisa”, ani co do sposobu reprezentacji ubezpieczyciela. Zatem warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Wyraził także przekonanie, że nawet gdyby rzeczywiście były podstawy do wątpliwości co do zakresu polisy, to przedstawione oświadczenie ubezpieczyciela podpisane przez pośrednika wyjaśniało je we wszystkich obszarach i stanowiło samo w sobie wymagany przez Zamawiającego „inny dokument” potwierdzający fakt posiadania polisy. W tej sytuacji Zamawiający powinien zaakceptować oświadczenie ubezpieczyciela. Odwołujący przedłożył także potwierdzenie ubezpieczyciela tj. Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. należytego umocowania Moniki B do działania w imieniu i na rzecz ubezpieczyciela [pismo z dnia 6.04.2011 r.]. Podkreślił jednocześnie, że umocowanie Moniki B do działania w imieniu ubezpieczyciela m.in. w zakresie udzielania informacji wypływa bezpośrednio z umowy agencji [par. 2 pkt. 1 ust. 2]. Zdaniem wykonawcy, oświadczeniem z dnia 17.03.2010r. pośrednik ubezpieczeniowy, działający w imieniu ubezpieczyciela ERGO-HESTIA, potwierdził istnienie ważnej i opłaconej polisy OC związanej z przedmiotem zamówień realizacyjnych wynikających z postępowania dla ENERGA-OPERATOR S.A. na 5 mln zł, czego oczekiwał Zamawiający w SIWZ. Wykonawca nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 7.04.2011 r., iż oświadczenie pośrednika ubezpieczeniowego nie jest dokumentem pochodzącym od ubezpieczyciela, a ponadto, że jego treść nie zawiera żadnych danych pozwalających na weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu poza ogólną deklaracją pośrednika. Podkreślił także, że przedłożone polisy OC, a w szczególności treść dodatkowej klauzuli do Polisy nr 903000400920 w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzają fakt ubezpieczenia OC prowadzonej działalności gospodarczej na 5 mln zł, przy czym ubezpieczeniem objęty jest również konkretny przedmiot działalności odpowiadający dokładnie przedmiotowi zamówienia, który został określony w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej tj. wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice WiMax. Oświadczenie pośrednika potwierdza dodatkowo spełnienie warunku postawionego w siwz zarówno co do zakresu ubezpieczenia jak i opłacenia składki na to ubezpieczenie. Zatem nieuzasadnionym jest

pominięcie tego dokumentu przy ocenie. Ponadto powołując się na orzecznictwo KIO, zaznaczył, iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu ubezpieczenia, sposobu reprezentacji ubezpieczyciela Zamawiający miał obowiązek przed wykluczeniem wykonawcy skorzystać z możliwości przewidzianej w art.26 ust.4 ustawy Pzp [ewentualnie w art.87 ust.1 ustawy Pzp] i dokonać stosownych wyjaśnień, z czego jednak nie skorzystał.

W odniesieniu do 2 z zarzutów dotyczącego podstaw odrzucenia oferty firmy Wasko S.A. stwierdził, że jego zdaniem firma Wasko S.A. nie potwierdziła wymaganego terminu związania ofertą, albowiem Wykonawca ten oświadczył, że jest związany ofertą tylko przez 60 dni, w miejsce wymaganych 90 dni. Takie działania jest sprzeczne ze specyfikacją i tym samym oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89. ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Stwierdził także, że nie można uznać, iż gwarancja ubezpieczeniowa złożona na okres od 7.02.11-18.05.11r. zabezpieczająca ofertę firmy WĄSKO na okres dłuższy niż 90 dni przedłużyła okres związania ofertą, gdyż przeczy temu akcesoryjny charakter wadium, którego celem jest zabezpieczenie oferty. Skoro ważność oferty minęła, to również odpadł przedmiot dla którego zostało ustanowione zabezpieczenie. Wadium jest nierozzerwalnie związane z okresem związania ofertą. Celem wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę na rzecz zamawiającego) przez cały okres związania ofertą. W związku z rolą, jaką odgrywa - wadium musi być ważne przez cały okres związania ofertą. Istnieje związek funkcjonalny pomiędzy terminem związania ofertą a wadium. Wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą. Jest to jedyny przewidziany ustawą cel istnienia wadium. Trudno znaleźć jakiegokolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą. Gdy wykonawca przestaje być związany ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium. Oznacza to, że w przypadku odmowy podpisania umowy ramowej przez WASKO Zamawiający obecnie nie może zabezpieczyć się z wadium, gdyż pomimo ważnej gwarancji wadialnej, odpadła podstawa do żądania zaspokojenia. Jeżeli Zamawiający zrealizowałby swoje roszczenie poprzez wezwanie gwaranta do wypłaty świadczenia, musiałby się liczyć z obowiązkiem naprawienia wyrządzonej szkody. Wskazał także, że Zamawiający przyznał w piśmie z dnia 1.04.2011r. iż zgodnie z punktem IV3.6 ogłoszenia o zamówieniu i dziale XVI pkt.1-2 siwz obowiązywał wykonawców 90 dniowy termin związania ofertą. Oświadczeń tych nie zmieniła treść załącznika nr 2 do siwz o niewiążącym charakterze. Zatem budzi wątpliwości ocena ofert przez Zamawiającego dokonana z naruszeniem zasady równego traktowania ofert, bowiem spośród 4 ofert zawierających oświadczenie o związaniu ofertą przez 60 dni Zamawiający uznał za prawidłowe w zakresie terminu związania ofertą 3 oferty - WASKO.S.A., TV FM, Konsorcjum firm „Laboratorium Badawcze Zenit Paweł Karcz, Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda sp. j., natomiast odrzucił ofertę firmy NETIA S.A.



„opierając się na treści złożonej oferty" zgodnie z którą termin związania ofertą wynosi 60 dni. Zdaniem Odwołującego wszystkie oferty związane tylko przez 60 dni winne ulec odrzuceniu niezależnie od formy wniesionego wadium. Przy czym za niedopuszczalne należy uznać wszelkie działania poczynione przez Zamawiającego zmierzające nie tyle do wyjaśnienia treści oferty, co do zmiany istotnych jej elementów. Oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp oraz wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp w związku z art. 87 ustawy Pzp w sposób prowadzący do zmiany treści pierwotnej oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. (wyrok KIO z 2010-06-17 KIO/1092/). Zatem uzasadnione jest zdaniem Odwołującego żądanie dokonania ponownej oceny ofert z pominięciem ofert podlegających odrzuceniu z uwagi na zaferowanie terminu związania ofertą w sposób niezgodny z wymaganiem Zamawiającego. Wykonawca wskazał, że oferta firmy Wasko S.A. powinna być także odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem w tym postępowaniu złożone przez dwie firmy WASKO S.A. i DGT sp. z o.o. oferty zawierają identyczną ceną w zakresie wszystkich jej elementów. Tak jak słusznie zauważył Zamawiający „większość wycenianych pozycji uzależniona jest od tak wielkiej ilości zmiennych, że kalkulacja dokonana przez dwa niezależne podmioty ma znikome prawdopodobieństwo doprowadzić do uzyskania identycznych wycen". Wykonawca podał także, że w ofercie firmy DGT znajduje się zobowiązanie firmy Wasko S.A. z dnia 2.02.2011r. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji systemów teletransmisyjnych w technice WiMax oraz udostępnienia pracowników firmy Wasko S.A. - Rafała Ad, Bartosza B, Jacka C. Ponadto pismem z dnia 1.02.2011r. firma Wasko zobowiązała się w przypadku uzyskania zamówienia przez DGT sp. z o.o. zamówienia realizacyjnego na podstawie umowy ramowej do uczestniczenia w realizacji zamówienia jako podwykonawca. W rezultacie obie oferty firm Wasko i DGT opierają się na identycznym doświadczeniu, potencjale osobowym oraz identycznych rozwiązaniach technologicznych i produktowych. Zamawiający w piśmie z dnia 1.04.2011r. str.3 potwierdził tożsamość złożonych ofert: „Jednocześnie z wyjaśnień firmy Wasko S.A. złożonych na podstawie analogicznego zapytania wynika, że firma ta złożyła tej samej treści oferty wykonania prac objętych postępowaniem zarówno Zamawiającemu jak i firmie DGT sp. z o.o." Takie stwierdzenie winno skutkować wykluczeniem oferty firmy Wasko S.A. Ponadto na zapytanie Zamawiającego firma DGT udzieliła odpowiedzi, iż „oferuje w całości rozwiązania firmy Wasko". Taka odpowiedź potwierdza całkowitą nieznaną rzeczywistej oferty firmy Wasko, która w rzeczywistości w omawianym postępowaniu oferuje rozwiązania własne a także produkty innych producentów. Z formalnego punktu widzenia w świetle art. 2 ust.1 ustawy Pzp zostały złożone oferty przez dwóch wykonawców. Jednakże w rzeczywistości

treść obu ofert jest identyczna. Zaznaczyć należy również, iż w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z sytuacją gdy Wykonawca składa ofertę samodzielnie oraz jako podwykonawca innego Wykonawcy, gdyż zgodnie z treścią działu X SIWZ z uwagi na specyfikę postępowania i brak możliwości powierzenia wykonywania części umowy ramowej, Zamawiający nie żąda wykazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Żądanie wskazania takich części zostanie zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Zamówienia Realizacyjnego. Co prawda nie ma formalnego zakazu udostępnienia wiedzy i doświadczenia innemu wykonawcy oraz złożenia samodzielnej oferty, niemniej wydaje się, iż zasada uczciwej konkurencji przeciwdziała możliwości łącznego złożenia oferty samodzielnie oraz złożenia drugiej identycznej oferty pod firmą innego Wykonawcy. Udzielając wiedzy i doświadczenia innemu Wykonawcy z zamiarem podwykonawstwa, potencjału osobowego oraz składając tą samą ofertę cenową firmie DGT i Zamawiającemu firma Wasko S.A. w sposób nieuprawniony zmierzała do zyskania przewagi nad konkurencją, bowiem w sposób nieuczciwy obchodząc treść art. 82 ust.1 ustawy Pzp zwiększyła swoje szanse na wykonanie umów realizacyjnych. W przypadku bowiem zakwalifikowania do umowy ramowej obu Wykonawców na trzech możliwych, niewątpliwie umowy realizacyjne byłyby wykonywane głównie przez firmę Wasko. Również w przypadku zakwalifikowania jedynie firmy DGT lub Wasko do umowy ramowej należy ocenić, iż szanse uzyskania zamówienia realizacyjnego firmy Wasko były większe niż pozostałych wykonawców. Takie działanie wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ustawy z dnia 16.04.1993r. O zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [tj. Dz. U z 2003r.Nr.153 poz.1503 ze zm.] - utrudnianie dostępu do rynku w sposób niezgodny z dobrymi obyczajami, która zagraża interesom innych Wykonawców. Odwołujący podkreślił, że jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Dlatego uzasadnione jest odrzucenie oferty tego z wykonawców, który narusza przedmiotową regułę. Naruszenie polega na utrudnieniu dostępu do rynku innym wykonawcom (por. wyrok ZA z 19.7.2006 r., UZP/ZO/0-2057/06). Niemniej jednak należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy) oraz uzasadniony poprzez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, np. art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 3 tej ustawy. Tak więc uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowanie go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Według art. 3 ust. 1 ZNKU "czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami,

jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta". Ustęp 2 tego artykułu wymienia przykładowo takie czyny nieuczciwej konkurencji, jak: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwą lub zakazaną reklamę, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Wymienione czyny zostały doprecyzowane w przepisach art. 5-17e) tej ustawy. Dodatkowo za czynem nieuczciwej konkurencji przemawia utajnienie ofert przez firmy WASKO i DGT w zakresie: wykazu dostaw i usług, wykazu osób, wykazu certyfikatów, opis oferowanego rozwiązania oraz wykaz oferowanych produktów [zastrzeżenie tajemnicy co do wykazu oferowanego rozwiązania i wykaz produktów dotyczy tylko WASKO S.A]. Firma WASKO S.A utajniła dokumenty, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z zamiarem uniemożliwienia zapoznania się z ofertą w tym zakresie przez konkurencyjne firmy. Powołując się na doktrynę stwierdził, że (...) bezzasadne zastrzeżenie w ofercie przetargowej rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa następuje na ogół z pogwałceniem reguł uczciwej konkurencji, ponieważ towarzyszy mu najczęściej zamiar bezpodstawnego wyłączenia ustawowej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi tu więc o działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami zagrażającymi interesom pozostałych oferentów (art. 3 ust. 1 ZNKU). Dlatego oferta złożona przez takiego oferenta musi zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - jako oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie powodów wykluczenia i odrzucenia oferty firma UNIA sp. z o.o. Odwołujący podał, że zgodnie z działem XII ust. 1 pkt. 1.1 SIWZ w związku z działem XIV ust. 4 pkt.1A SIWZ wykonawca był zobowiązany niezbędną wiedzę i doświadczenie udokumentować wykazem dostaw zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz i dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia. Podał także, że zgodnie z ust. 10 SIWZ dział XIV jeżeli Wykonawca będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów winien przedłożyć zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia stosownych zasobów. Zdaniem Odwołującego załącznik nr 4 do SIWZ - wykaz dostaw, wyraźnie wskazuje, iż wykaz ten miał być wystawiony oraz podpisany przez Wykonawcę lub osobę upoważnioną. Na str.49 i 50 oferty spółki Unia znajduje się wykaz osób wystawiony i podpisany przez podmiot nieuprawniony do działania w imieniu Wykonawcy, co potwierdza sam Wykonawca w piśmie z dnia 15.03.2011r., albowiem Pan Janusz K nie jest uprawniony do składania jakichkolwiek oświadczeń w imieniu wykonawcy, a jedynie w imieniu Airspan Coummunications Limited,

Oddział w Polsce. Wraz z pismem z dnia 15.03.2011r. został ponownie złożony wykaz dostaw wystawiony i podpisany przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, wykaz dostaw zawierający dostawy innego podmiotu winien być wystawiony i podpisany przez Wykonawcę lub osobę upoważnioną. Wskazał także na pismo z dnia 15.03.2011r., które stanowiło odpowiedź Wykonawcy na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz wezwanie do uzupełnienia niezbędnych dokumentów, które to pismo zostało podpisane przez Główną Księgową Elwirę C na podstawie pełnomocnictwa Prezesa Zarządu z dnia 17.03.2011r. ważnego tylko w dniu 17.03.2011r. Wskazując na art. 101 § 2 kc stwierdził, że umocowanie wygasa ze śmiercią mocodawcy lub pełnomocnika, chyba że w pełnomocnictwie inaczej zastrzeżono z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Podał także, że zgodnie z art. 104 kc jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Tym samym firma Unia sp. z o.o. nie złożyła skutecznie wyjaśnień i uzupełnień oferty, gdyż na dzień sporządzenia pisma 15.03.2011r. osoba je podpisująca nie miała umocowania. Powołując się na analogię z art. 245 kpc wykonawca stwierdził, iż dokument prywatny, jakim jest pismo z dnia 15.03.2011 r. stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Skoro brak odmiennych zastrzeżeń, jego zdaniem, należy uznać, iż oświadczenie to zostało podpisane w dniu jego sporządzenia. Dalej podał, że kserokopie oświadczeń i dokumentów dołączone do pisma z dnia 15.03.2011r. zostały potwierdzone przez główną księgową, lecz nie wynika czy zostały poświadczane w dniu ważności umocowania. Zdaniem wykonawcy, obecnie uzupełnienie przedmiotowego oświadczenia nie może zostać uznane za skuteczne, z uwagi na możliwość jednorazowego uzupełnienia tych samych dokumentów - Art. 26 ust.3 ustawa Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 18 kwietnia 2011r.] wniósł o oddalenie odwołania. Jego zdaniem Odwołujący na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w wyznaczonym terminie w piśmie z dnia 4 marca 2011 r. nie przedstawił dokumentu, do którego uzupełnienia został wezwany, gdyż w odpowiedzi - załączył wyłącznie oświadczenie pośrednika ubezpieczeniowego. Odnosząc się do zarzutów, Zamawiający stwierdził, że są one niezasadne. Kopie polis załączone do oferty nie potwierdzają, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych na kwotę 5 mln zł. Zdaniem Zamawiającego, z załączonych do oferty Odwołującego dokumentów wynika, że Odwołujący posiada polisę ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych tylko na kwotę 2 mln zł. Druga z polis na kwotę 5 mln zł dotyczy tylko zabezpieczenia szkód wynikających z umowy ramowej, która byłaby zawarta z Odwołującym w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. Także w

odpowiedzi wezwaniu z dnia 4 marca 2011 r. Odwołujący załączył kopię oświadczenia z dnia 17 marca 2011 r., podpisanego przez pośrednika ubezpieczeniowego, Panią Monikę B, w którym Pani Monika B stwierdza, iż „KOMA NORD Sp. z o.o. na dzień 07 lutego 2011 roku posiadała i posiada nadal ważną umowę (polisę) ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej do wysokości 5 mln PLN z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych wynikających z postępowania dla ENERGA - OPERATOR S.A. nr ZP/53/RZU/2010. Jednocześnie potwierdziła opłacenie składki z tytułu tej polisy. Zamawiający podkreślił także, że istotą warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych była jedynie ocena sytuacji ekonomicznej wykonawcy, nie zaś wymaganie ustanowienia zabezpieczenia konkretnej umowy. Stwierdził także, że wykonywanie przez wykonawcę umowy ramowej nie może doprowadzić do powstania szkód po stronie Zamawiającego, a więc nie zaistnieje żaden przypadek mający znamiona zdarzenia objętego ubezpieczeniem z polisy nr 903000400920, albowiem zamówienia realizacyjne będą wykonywane na podstawie umów realizacyjnych, nie umowy ramowej. Stwierdził także, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzaju dokumentów jakie zamawiający może żądać od wykonawcy, możliwość przedstawienia „innego dokumentu” odnosi się wyłącznie do samego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie (w przypadku braku polisy), nie zaś w odniesieniu do dowodu uiszczenia składek. Tymczasem jedynym dowodem opłacenia składek, załączonym do wyjaśnień Odwołującego, było oświadczenie pośrednika ubezpieczeniowego - Pani Moniki B, którego to dokumentu zamawiający nie mógł uznać za oświadczenie złożone w imieniu ubezpieczyciela - Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego Ergo Hestia S.A. Zgodnie z treścią art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. z 2003 r., Nr 124, poz. 1154 z późn. zm.) w związku z art. 4 pkt 1 tej (...) Pośrednik ubezpieczeniowy wykonuje: czynności w imieniu lub na rzecz zakładu ubezpieczeń, polegające na pozyskiwaniu klientów, wykonywaniu czynności przygotowawczych zmierzających do zawierania umów ubezpieczenia, zawieraniu umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w administrowaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia, także w sprawach o odszkodowanie, jak również na organizowaniu i nadzorowaniu czynności agencyjnych. W zakres tych czynności nie wchodzi składanie oświadczeń w imieniu ubezpieczyciela o zawarciu umów ubezpieczenia, czy też oświadczeń o potwierdzeniu zapłaty składek z tytułu umowy ubezpieczenia. Zatem Pani Monika B złożyła oświadczenie w imieniu własnym, nie zaś w imieniu ubezpieczyciela. Zamawiający stwierdził także, że Odwołujący nie wykazał, aby Pani Sylwia Rajska była uprawniona do składania oświadczeń w imieniu ubezpieczyciela, w szczególności potwierdzających prawdziwość oświadczeń złożonych w imieniu ubezpieczyciela przez agentów ubezpieczeniowych. Dodał także, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, albowiem został on wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w wyznaczonym terminie nie uzupełnił określonych w wezwaniu dokumentów i tym samym przepis art.

26 ust. 4 ustawy Pzp nie może być wykorzystywany jako możliwość przyznania wykonawcy dodatkowej szansy na uzupełnienie dokumentów - w trybie „wyjaśnień”.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy - Wąsko S.A. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 tej ustawy Zamawiający stwierdził, że zarzut ten jest pozbawiony podstaw prawnych. W tym przypadku podał, że dokonał poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w formularzu ofertowym Wykonawcy ponieważ uznał, że omyłka ta była wynikiem wprowadzenia wykonawców w błąd przez Zamawiającego podczas tworzenia dokumentacji przetargowej. Zamawiający określił prawidłowy termin związania ofertą (90 dni) w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz we wzorze formularza oferty, który wykonawcy mogli wykorzystać w celu złożenia oferty (takie było zalecenie Zamawiającego) znajdowało się oświadczenie o związaniu ofertą w okresie 60 dni. Zamawiający uznał, iż intencją Wykonawcy - Wąsko S.A. było złożenie oferty z wymaganym terminem związania ofertą - 90 dni, ponieważ na taki właśnie okres wystawiona została gwarancja ubezpieczeniowa zabezpieczająca wadium Wykonawcy. Odrzucenie oferty Wąsko S.A. byłoby przez Zamawiającego działaniem sprzecznym z zasadą iż Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji działań Zamawiającego, polegających na wprowadzeniu czy pozostawieniu nieścisłości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co do wykonawcy – Netia podał, że Zamawiający nie miał możliwości odniesienia terminu związania ofertą do terminu ważności wadium oznaczonego w dokumencie zabezpieczającym wadium, ponieważ wykonawca ten wniósł wadium w formie pieniężnej. Dlatego wezwał go do złożenia wyjaśnień, i wykonawca ten w odpowiedzi wyjaśnił, że termin związania ofertą wynosi 60 dni, co uzasadniało odrzucenie oferty tego wykonawcy. Także za nieuzasadniony Zamawiający uznał zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy – WASKO S.A. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 tej ustawy oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jego zdaniem argumenty dotyczące treści oferty Wykonawcy DGT, dotyczące zaoferowania przez tego wykonawcę rozwiązania firmy WASKO nie mają żadnego znaczenia dla oceny niniejszej sprawy, ponieważ jej przedmiotem jest wyłącznie ocena poprawności oferty Wykonawcy WASKO S.A. Stwierdził także, że Prawo zamówień publicznych nie ustanawia zakazu udostępniania wiedzy i doświadczenia innemu wykonawcy oraz złożenia samodzielnej oferty. Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty Wykonawcy, który działa w granicach prawa, bez dowodów na popełnienie przez niego czynu nieuczciwej konkurencji. Sam zaś fakt udostępnienia zasobów innemu podmiotowi nie może być uznany za czyn nieuczciwej konkurencji. Pogląd ten znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - dla przykładu w wyroku z dnia 10 grudnia 2010 r. (sygn. KIO 2565/10) skład orzekający podkreślił: „Przepisy ustawy pzp nawet statuując od początku w przepisie art. 82 ust. 1 pzp zakaz składania więcej niż jednej oferty przez jednego wykonawcę, w żaden sposób nie ograniczają możliwości wskazania tego samego wykonawcy jako podwykonawcy w kilku ofertach,

również w sytuacji, gdy wykonawca ten sam ubiega się o udzielenie zamówienia. Z kolei wprowadzony niedawną nowelizacją przepis art. 26 ust. 2b pzp dopuścił w celu zwiększenia konkurencyjności postępowań na szeroką skalę możliwość posługiwania się przez wykonawców przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu potencjałem podmiotów trzecich. Również z tego przepisu nie wynika jednak zakaz równoległego ubiegania się przez taki podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby innym wykonawcom w swoim imieniu i na swoją rzecz o udzielenie zamówienia jako wykonawca. Skoro zatem ustawodawca nie zakazuje tego rodzaju działań, Zamawiający nie ma uprawnienia do wykluczenia z postępowania wykonawcy tylko dlatego, że udostępnił swoje zasoby innemu wykonawcy biorącemu udział w tym postępowaniu. Także zastrzeżenie informacji w części oferty Zamawiający uznał za prawidłowe, gdyż Odwołujący tego faktu nie zakwestionował w ustawowym terminie i utracił szanse na skuteczne podnoszenie zarzutów w tym zakresie. Zwrócił jednocześnie uwagę, że od dnia 21 października 2005 roku (czyli od dnia podjęcia przez Sąd Najwyższy uchwały III CZP 74/05) w doktrynie i orzecznictwie nie ma wątpliwości w sprawie konsekwencji nieuprawnionego utajnienia ofert. Jediną możliwą konsekwencją jest odtajnienie zastrzeżonych informacji.

W odniesieniu do zarzutów podniesionych do spółki Unia, Zamawiający stwierdził, że załącznik nr 4 – wzór wykazu – w opracowanej przez niego formie mógł być wykorzystany wprost przez wykonawców, którzy powoływali się na swoje własne doświadczenie. Jednak w przypadku, gdy wykonawca w całości bazuje na doświadczeniu innych podmiotów, wpisanie tych prac do formularza zamieszczonego w SIWZ i podpisanie się przez wykonawcę prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca składałby nieprawdziwe oświadczenie. Stąd modyfikacja formularza przez wykonawcę była uprawniona. Nie zgodził się także z twierdzeniem Odwołującego, że pismo Wykonawcy - Unia sp. z o.o., stanowiące odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną. Zamawiający podkreślił, że bezspornym jest, że dokument zawierający wyjaśnienia tego wykonawcy zawiera w nagłówku datę 15 marca 2011 r., a pełnomocnictwo dla p. Elwiry C, zgodnie z jego treścią było ważne w dniu 17 marca 2011 r. Jednakże jego zdaniem, przede wszystkim należy odróżnić sporządzenie treści dokumentu (projektu) od jego podpisania. Wbrew sugestiom Odwołującego, dokument nie musi być przygotowany (opracowany) w dacie ważności umocowania osoby, które ma go podpisać. Co więcej, nie musi być nawet przygotowany przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy. Data przygotowania projektu dokumentu jest całkowicie bez znaczenia z punktu widzenia oceny, czy podpisana pod nim osoba była umocowana do działania w imieniu wykonawcy. Istotne jest jedynie to, czy w chwili złożenia oświadczenia zawartego w dokumencie osoba podpisana na dokumencie była umocowana do złożenia oświadczenia woli. W ocenie Zamawiającego, nie ma podstaw do twierdzenia, że podpis p. Elwiry C został złożony w dniu innym, niż 17 marca 2011 r.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca WASKO oraz wykonawca – Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Korcz i MAXTO a także wykonawca Unia sp. z o.o., którzy wnieśli o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, oraz odpowiedzi na odwołania, a także stanowiska stron postępowania odwoławczego i przystępujących do postępowania odwoławczego przedstawione w toku rozprawy, stwierdziła, co następuje:**

Odwołania podlegają oddaleniu.

#### **Odwołanie (1) - sygn. akt: KIO/753/11**

Rozpatrując zarzut bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy – Koma Nord sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła, co następuje:

W dziale XIII pkt 1. 3. 2 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych na minimum 5 mln zł. Dokumentem potwierdzającym spełnianie tego warunku miała być opłacona (dział XIV pkt 4 ppkt 3.2 lit. a siwz) polisa, a w przypadku jej braku – inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony w wymaganym zakresie i na wymaganą kwotę. Dla potwierdzenia tego warunku Odwołujący przedłożył do oferty Polisę 903000400920 (str 36 oferty) z okresem ubezpieczenia od 7 lutego 2011 r. do dnia 24 września 2011 r. z terminem płatności 13 luty 2011 r., w której w pkt II.1 [Warunki płatności – przedmiot i zakres ubezpieczenia] zaznaczono, że ta Polisa jest doubezpieczeniem do Polisy 901005836615, które to doubezpieczenie obejmuje tylko roszczenia wynikłe z wykonywania kontraktu dla ENERGA - Operator S.A. oraz wskazano nr postępowania przetargowego, w którym wniesiono odwołanie. W dodatkowej klauzuli, załączonej do tej Polisy, zaznaczono m.in., że Polisa podnosi sumę gwarancyjną z 2 mln do 5 mln zł. Zamawiający w piśmie z dnia 4 marca 2011 r. [pkt 2.1 pisma – Wezwanie do uzupełnienia dokumentów – art. 26 ust.3 pzp] wezwał Wykonawcę (...) do uzupełnienia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych. Izba ustaliła także, że w tym wezwaniu w zakresie wskazanego pkt 2.1, Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że Polisa 903000400920, stanowiąca doubezpieczenie do Polisy głównej [901005836615] nie potwierdza spełniania warunku, albowiem ta Polisa nie obejmuje ubezpieczenia OC działalności gospodarczej, a



wyłącznie (...) szkody związane z wykonywaniem umowy ramowej, która zostanie zawarta po rozstrzygnięciu niniejszego postępowania. W wezwaniu tym Zamawiający zaznaczył także drugą okoliczność, a mianowicie, że (...) Ponadto, w ofercie brak dokumentów potwierdzających opłacenie składek. W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący przy piśmie z dnia 17 marca 2011 r. [pkt 2.1] przekazał – jak podał – oświadczenie ubezpieczyciela, które miało stanowić odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych. W treści tego zaświadczenia – pismo z dnia 17 marca 2011 r. – pośrednik ubezpieczeniowy stwierdził, że Wykonawca (...) na dzień 7 lutego 2011 r. posiadał i posiada nadal ważną umowę (polisę) ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej do wysokości 5 mln PLN z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych i jednocześnie potwierdził opłacenie składek z tytułu wymienionej w oświadczeniu polisy. Na podstawie tych ustaleń Izba stwierdza, że Odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie - w żadnym stopniu nie odniósł się do twierdzeń Zamawiającego, że Polisa 903000400920 nie potwierdza spełnienia warunku, gdyż nie obejmuje ubezpieczenia OC działalności gospodarczej, a wyłącznie (...) szkody związane z wykonywaniem umowy ramowej, która zostanie zawarta po rozstrzygnięciu niniejszego postępowania. Przedłożone zaświadczenie z Pośrednictwa ubezpieczeniowego, mając na względzie art. 141 ustawy z dnia 23 stycznia 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2010 r. nr 11, poz. 66 ze zm.), może co najwyżej być kwalifikowane jako informacja pośrednika – nie ubezpieczyciela - o opłaceniu składek, jednakże nie podając w treści tego zaświadczenia żadnych danych o Polisie [innym dokumencie potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia] – tak jak wymaga tego wskazany art. 141 ustawy ubezpieczeniowej, nie można także jednoznacznie stwierdzić jakiej Polisy dotyczy to zaświadczenie.

Mając powyższe ustalenia na względzie Izba uznała, że Zamawiający był uprawniony wykluczyć Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem Wykonawca nie uzupełnił - w wyznaczonym terminie - dokumentów, do których uzupełnienia został wezwany w piśmie z dnia 4 marca 2011 r. Izba stwierdza także, że Odwołujący nie wniósł odwołania w ustawowym terminie na czynność wezwania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, tym samym - niezależnie od zasadności czy niezasadności oceny polis ubezpieczeniowych załączonych do oferty - w chwili obecnej nie może już tej oceny skutecznie kwestionować w odwołaniu w związku z wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. W pierwszej kolejności – w tym stanie faktycznym - odwołanie powinno być wniesione na czynność wezwania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia przez Wykonawcę dokumentu polisy w terminie - zgodnie z art. 182 ust.3 ustawy Pzp - 10 dni od dnia otrzymania wezwania do uzupełnienia wskazanych w wezwaniu dokumentów. Na marginesie Izba zauważa, że wymagane w niniejszym postępowaniu ubezpieczenie OC na kwotę 5 mln zł niewątpliwie - celem wykazania spełnienia warunku wg

działu XIII pkt 1. 3. 2 lit. a specyfikacji musi dotyczyć przede wszystkim prowadzonej działalności gospodarczej, a nie służyć zabezpieczeniu realizacji kontraktu. Tym samym polisa 03000400920 nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku określonego w dziale XIII pkt 2.3.1 specyfikacji. Za taki dokument można wyłącznie uznać Polisę 901005836615 wraz z aneksem 801000394151.

Rozpatrując zarzuty w zakresie oferty wykonawcy – WASKO S.A., Izba stwierdziła, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest zasadny. Z ustaleń Izby bezspornie wynika, że wskazany w formularzu oferty okres związania ofertą przez 60 dni w miejsce 90 dni jest skutkiem oczywistej omyłki i to w pierwszej kolejności Zamawiającego, co Zamawiający potwierdził w toku rozprawy. Uwzględniając zatem okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, a mianowicie posłużenie się przez wykonawcę wzorem formularza opracowanym przez Zamawiającego oraz wniesienie wadium na prawidłowy okres związania ofertą, zdaniem Izby nie budzi wątpliwości, iż rzeczywistą treścią oświadczenia woli wykonawcy była akceptacja terminu związania ofertą przez 90 dni, tak jak Zamawiający wskazał w specyfikacji. W przekonaniu Izby, w tych okolicznościach faktycznych, Zamawiający – wobec wniesionego wadium w formie gwarancji - był także uprawniony do poprawienia tej oczywistej omyłki pisarskiej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, bez uprzednich konsultacji z wykonawcą. W przypadku wadium wnoszonego w formie pieniężnej być może w pierwszej kolejności powinna być stosowana procedura przewidziana art. 87 ust.1 ustawy Pzp, jednakże ta argumentacja podnoszona przez Odwołującego – wobec treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - nie była przez Izbę rozstrzygana, albowiem de facto ten zarzut nie był przedmiotem odwołania.

Także kolejny zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy – WASKO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny. W niniejszej sprawie Izba miała na względzie następujące okoliczności. Mianowicie, podzieliła pogląd Przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy – WASKO S.A., że Odwołujący zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji oparł na twierdzeniu, że (...) co prawda nie ma formalnego zakazu udostępniania wiedzy i doświadczenia innemu wykonawcy oraz złożenia samodzielnej oferty, niemniej jednak wydaje się, iż zasada uczciwej konkurencji przeciwdziała możliwości łącznego złożenia oferty samodzielnie oraz złożenie drugiej identycznej oferty pod firmą innego wykonawcy”. Izba stwierdziła przede wszystkim, że wykonawca – WASKO złożył tylko jedną ofertę w swoim imieniu, a zatem wskazywany w odwołaniu przepis art. 82 ust.1 ustawy Pzp w niniejszej sprawie nie ma zastosowania. Ponadto, zgodnie z art. 26 ust.2b ustawy Pzp, każdy wykonawca może m.in. polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Zdaniem Izby, udostępnienie wiedzy i doświadczenia jest związane z jednoczesnym uczestnictwem w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Tym samym wykonawca – WASKO S.A. zobowiązując się do

udostępnienia DGT sp. z o.o. niezbędnych zasobów i jednocześnie zobowiązując się do uczestnictwa w realizacji zamówienia jako podwykonawca działał, w ocenie Izby, w granicach dopuszczonych przepisami prawa, w szczególności prawa zamówień publicznych. Izba brała pod uwagę także fakt, że Zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji braku możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom, a ponadto wykonawca – WASKO – tak jak wynika z ustaleń – w złożonej ofercie podał ceny, które nie były kwestionowane przez Odwołującego. Izba zauważyła także, oczywiście mając na uwadze art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, że zastosowanie wprost wyceny WASKO S.A. jako podwykonawcy przez wykonawcę samodzielnie składającego ofertę - DGT sp. o.o. zostało przez Zamawiającego uwzględnione w toku oceny ofert, skutkiem czego oferta firmy DGT została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający uznał, że złożenie oferty z ceną poniżej kosztów faktycznego wykonania zamówienia [bez doliczenia jakiegokolwiek marży do ceny wymaganej przez podwykonawcę] stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, iż Odwołujący nie zakwestionował w ustawowym terminie zastrzeżenia przez wykonawcę WASKO S.A., części informacji w ofercie i tym samym nie jest możliwe skuteczne podnoszenie tych zarzutów w odwołaniu wniesionym w dniu 11 kwietnia 2011 r. Ponadto nieuzasadnione zastrzeżenie informacji w ofercie nie może stanowić samoistnej podstawy do odrzucenia oferty, co potwierdził Sąd Najwyższy uchwałą III CZP 74/05 z dnia 21.10.2005 r.

Rozpatrując zarzuty w zakresie oferty UNIA sp. z o.o.. Izba miała na względzie art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strona obowiązana jest wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Izba – mając także na względzie ust. 7 art. 190 ust. 2 ustawy Pzp i rozważając wszechstronnie zebrany materiał dowodowy - uznała, że Odwołujący nie udowodnił przyjętego założenia, że cała dokumentacja przedstawiana na wezwanie Zamawiającego była przygotowywana i podpisywana w dniu 15 marca 2011 r.. Analiza całości dokumentacji składanej przez wykonawcę - Unia sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazuje, że nie była ona przygotowywana tylko w dniu 15 marca br., albowiem zawiera także dokumenty opatrzone datą 16 marca 2011 r. (pismo TUiR Warta) i 17 marca 2011 r. (pełnomocnictwo), a ponadto jak wyjaśnił w toku rozprawy Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca - UNIA sp. z o.o., odpowiedź przygotowywana była przez kancelarię zewnętrzną i w dacie 17 marca 2011 r. została przesłana do Zamawiającego. Jak ustaliła Izba, wyjaśnienia wykonawcy i uzupełnienia dokumentów wpłynęły do Zamawiającego w dniu 18 marca 2011 r. a więc po dniu wskazanym w pełnomocnictwie. Izba także stwierdza, że brak dat towarzyszących podpisom upoważnionej głównej księgowej nie oznacza, że podpisy te zostały złożone przez osobę nieumocowaną.

Powyższe ustalenia, tym samym, nie potwierdzają naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ustawy Pzp.

## **Odwołanie (2) - sygn. akt: KIO/758/11**

Rozpatrując odwołanie Izba stwierdziła, że zarzut bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp jest także integralnie związany z wezwaniem Odwołującego - w piśmie z dnia 4 marca 2011 r. – do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp m.in. dokumentów związanych z warunkiem ustalonym w dziale XIII pkt 1.3.2. lit. a specyfikacji. Zgodnie z tym warunkiem, Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych na minimum 5 mln zł, a dokumentem potwierdzającym spełnianie tego warunku miała być opłacona (dział XIV pkt 4 ppkt 3.2 lit. a siwz) polisa, i w przypadku jej braku – inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony w wymaganym zakresie i na wymaganą kwotę. Dla potwierdzenia tego warunku Odwołujący przedłożył do oferty dwie polisy. Zakres pierwszej z nich, [wystawionej na rzecz Laboratorium Badawczego Zenit], obejmuje odpowiedzialność OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia (H6) w zakresie branży budowanej na kwotę 3 mln zł. Zakres drugiej - wystawionej na rzecz Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. - obejmuje ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na kwotę ubezpieczenia 2 mln PLN. W piśmie z dnia 4 marca 2011 r., Zamawiający wzywając do przedłożenia opłaconej polisy, stwierdził, że zakres polisy, wystawionej na rzecz Laboratorium Badawczego Zenit, obejmuje odpowiedzialność OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia (H6) w zakresie branży budowanej nie potwierdza wymaganego warunku, co do odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych. W wyjaśnieniach Odwołujący ponownie załączył kwestionowaną polisę, stwierdzając, że obejmuje cały zakres prowadzonej działalności. Na podstawie tych ustaleń Izba stwierdza, że Odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie - w żadnym stopniu nie odniósł się do twierdzeń Zamawiającego, że kwestionowana Polisa nie potwierdza spełniania warunku, co do odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych. Mając powyższe ustalenia na względzie Izba uznała, że Zamawiający był uprawniony wykluczyć Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem Wykonawca nie uzupełnił - w wyznaczonym terminie - dokumentów, do których uzupełnienia został wezwany w piśmie z dnia 4 marca 2011 r. Także w tym przypadku Odwołujący nie wniósł odwołania w ustawowym terminie na czynność wezwania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp i tym samym - niezależnie od zasadności czy niezasadności oceny polisy ubezpieczeniowej załączonej do oferty - w chwili obecnej nie może już kwestionować tej oceny w odwołaniu, w związku z wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. W pierwszej kolejności – w tym stanie faktycznym - odwołanie powinno być wniesione na czynność

wezwania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia przez Wykonawcę dokumentu polisy - zgodnie z art. 182 ust.3 ustawy Pzp - w terminie 10 dni od dnia otrzymania wezwania do uzupełnienia wskazanych w wezwaniu dokumentów. Na marginesie Izba podziela pogląd Zamawiającego, że wskazane w specyfikacji kody CPV jednoznacznie określają, iż przedmiotem Zamówień Realizacyjnych będzie wykonanie usług konserwacyjnych i naprawczych, telekomunikacyjnych i komputerowych, które zgodnie z dyspozycją Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych określone zostały w Załączniku VII do dyrektywy. Żaden z kodów CPV, opisujących przedmiot Zamówień Realizacyjnych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niniejszego postępowania, nie obejmuje czynności zaklasyfikowanych do robót budowlanych. Biorąc pod uwagę przedmiot Zamówień Realizacyjnych opisany za pomocą kodów Wspólnego Słownika Zamówień nie sposób zatem uznać, że polisa obejmująca ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w branży budowlanej jest w jakikolwiek sposób związana z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych. Do tego samego wniosku prowadzi również analiza przedmiotu Zamówień Realizacyjnych dokonana na podstawie kodów PKD. Tym samym, jeżeli przedmiotem Zamówień Realizacyjnych nie jest w żadnej części wykonywanie robót budowlanych, to nie może być uznana jako potwierdzająca warunek - w dziale XIII pkt 1.3.2. lit. a specyfikacji - załączona do oferty polisa w zakresie kwoty 3 mln zł. Także oświadczenia przedkładane na rozprawie nie potwierdzają, że sporna polisa może być uwzględniana jako dokument potwierdzający spełnianie warunku ustalonego w dziale XIII pkt 1.3.2. lit. a specyfikacji.

Wobec powyższych ustaleń, co do podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, także nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, albowiem ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....