

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

**Sygn. akt: KIO 1661/11**

**Sygn. akt: KIO 1684/11**

## **WYROK**

**z dnia 18 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz  
Katarzyna Brzeska  
Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2011 r. oraz 18 sierpnia 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **TP TELTECH Sp. z o.o., Al. Kościuszki 5/7, 90-418 Łódź,**
- B. w dniu 5 sierpnia 2011 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agnex Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne Optoland S.A., Manstel Bednarczyk, Słowik, Wiącek Sp. J., Telemax S.C. Mariusz Kisiel, Piotr Pieszczyk, Ul. Michalusa 1/303, 38-300 Gorlice,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KRAK-MAN Operator Krakowskiej Sieci Szerokopasmowej Sp. z o.o., Technitel Polska Klimkiewicz, Rozdziejcz sp. jawna, ZUS MPWiK Sp. z o.o., ul. Zdrojowa 3, 32-**

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

**410 Dobczyce**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1661/11 i 1684/11 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **TP TELTECH Sp. z o.o., Al. Kościuszki 5/7, 90-418 Łódź**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1684/11 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddała oba odwołania**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TP TELTECH Sp. z o.o., Al. Kościuszki 5/7, 90-418 Łódź** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agnex Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne Optoland S.A., Manstel Bednarczyk, Słowik, Wiącek Sp. J., Telex S.C. Mariusz Kisiel, Piotr Pieszczyk, Ul. Michalusa 1/303, 38-300 Gorlice**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TP TELTECH Sp. z o.o., Al. Kościuszki 5/7, 90-418 Łódź** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agnex Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne Optoland S.A., Manstel Bednarczyk, Słowik, Wiącek Sp. J., Telex S.C. Mariusz Kisiel, Piotr Pieszczyk, Ul. Michalusa 1/303, 38-300 Gorlice**, tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....  
.....  
.....

Sygn. akt KIO 1661/11

uzasadnienie

Pismem dnia 3 sierpnia 2011 r. TP TELTECH Spółka z o.o. Al. Tadeusza Kościuszki 5/7, 90-41 Łódź

zwany dalej „Odwołującym TELTECH” lub „Odwołującym” wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków zwaną dalej „Zamawiającym”.

W złożonym odwołaniu zarzucił niezgodność czynności zamawiającego i zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą” .

Prowadzone przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy dostawy kabli / włókien światłowodowych i infrastruktury teleinformatycznej wraz z obsługą serwisową.

Zamawiający postępowaniu nadał numer sprawy: ZP-46/2011

Ogłoszenie o postępowaniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2011/S 107-175594 z dnia 04.06.2011r.

Odwołujący TELTECH wskazał następujące czynności i zaniechania Zamawiającego, które naruszają przepisy ustawy:

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm reprezentowanych przez lidera konsorcjum KRAK - MAN Operator Krakowskiej Sieci Szerokopasmowej Spółka z o.o. w Dobczycach, Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz s.j., Zakład Usług Specjalistycznych MPWiK Spółka z o.o. zwanych dalej „konsorcjum KRAK –MAN”,
2. zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia konsorcjum KRAK - MAN i uznania jego oferty za odrzuconą,

3. z ostrożności, zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania konsorcjum KRAK - MAN na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń i/lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie w którym zamawiający dotychczas nie wzywał do uzupełnienia.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom odwołujący TELTECH zarzucił niezgodność z następującymi przepisami ustawy:

1. naruszenie przepisu art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że konsorcjum KAK-MAN spełniło warunki ubiegania się o zamówienie, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. naruszenie przepisu art. 22 ust. 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że konsorcjum KAK-MAN spełniło warunki ubiegania się o zamówienie, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum KRAK-MAN i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp i w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum KRAK - MAN,
5. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie konsorcjum KRAK-MAN do uzupełnienia oferty w zakresie wskazania podwykonawcy,
6. naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie niezbędnych wyjaśnień co do braków i niejasności oferty konsorcjum KRAK-MAN,
7. naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 poprzez wybór oferty konsorcjum KRAK-MAN z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów.

Odwołujący TELTECH zaznaczył, że uwzględnienie powyższych zarzutów będzie miało wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący TELTECH przedstawił następujące żądania:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum KRAK-MAN, wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
2. nakazanie dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez TP TELTECH Spółka z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

3. z ostrożności, na wypadek nie uwzględnienia wniosku dotyczącego wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum KRAK-MAN, o nakazanie zamawiającemu wszczęcia postępowania wyjaśniającego, w odniesieniu do treści dokumentów złożonych przez konsorcjum KRAK-MAN celem potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz wezwania do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku posiadania doświadczenia i wiedzy oraz dokumentu potwierdzającego faktyczne udostępnienie potencjału w wymaganym zakresie wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia i powołującemu się na ten potencjał, jak również okazanie dokumentu potwierdzającego jego udział w realizacji przedmiotu zamówienia potwierdzającego de facto udostępnienie,

4. orzeczenia o kosztach postępowania zgodnie ze spisem kosztów przedłożonym przez odwołującego.

Odwołujący TELTECH wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

1. dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, protokołu postępowania, oferty złożonej w postępowaniu przez konsorcjum firm reprezentowane przez KRAK - MAN Operator Krakowskiej Sieci Szerokopasmowej Spółka z o.o.,
2. korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia
3. oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania TELTECH podniósł w szczególności następującą argumentację formalną i prawną na poparcie podniesionych zarzutów.

Co do interesu odwołującego TELTECH w złożeniu odwołania.

Odwołujący posiada interes do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ. jedynym kryterium oceny ofert jest najniższa cena.

Oferta Odwołującego uzyskała 64,58 punktów na 100,00 i jest drugą z kolei ofertą sklasyfikowaną przez zamawiającego pod względem określonych przez zamawiającego w SIWZ kryteriów tj. cena. Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum KRAK-MAN, która uzyskała 100% punktów.

Kolejne dwie oferty nie podlegały ocenie.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

W przypadku uznania zarzutów wskazanych w odwołaniu oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Bowiem w ocenie odwołującego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów, interes odwołującego doznał uszczerbku, ponieważ został pozbawiony możliwości realizacji zamówienia oraz może ponieść szkodę w postaci niezyskania zysków planowanych na wypadek otrzymania zamówienia.

**ZARZUT 1** - Brak spełnienia przez konsorcjum KRAK-MAN warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Według Odwołującego Konsorcjum KRAK-MAN nie potwierdziło spełnienia warunku z pkt. VI.2.a I i II SIWZ w zakresie zrealizowania sieci optycznej o ilości włókien co najmniej 12J.

Odwołujący podnosi, że Wykaz dostaw przedstawiony przez konsorcjum KRAK-MAN (s. 5 oferty), jak również żaden inny dokument, w tym referencje udzielone dla PBT ZACHÓD Spółka z o.o. przez Gminę Elbląg w postaci Protokołu odbioru końcowego robót (s. 7-10 oferty) i Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia przez Gminę-Miasto Elbląg, uzupełnione przez wykonawcę na skutek wezwania zamawiającego, nie potwierdza warunku zrealizowania przez PBT ZACHÓD Spółka z o.o. sieci optycznej o ilości włókien co najmniej 12J w sieci światłowodowej o łącznej długości nie krótszej niż 100 km (pkt.VI.2.a I SIWZ).

Podobnie konsorcjum KRAK-MAN nie potwierdziło spełnienia warunku zrealizowania sieci optycznej o ilości włókien co najmniej 12J, w zakresie której była dostawa sieci światłowodowej w innej miejscowości o łącznej długości nie krótszej niż 10 km (pkt. VI.2.a II SIWZ). Wykaz dostaw (s. 5 oferty) jak i referencje udzielone Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz s.j. przez Urząd Miasta Zgierz (s. 12 oferty) nie określają struktury wykonanych sieci światłowodowych (włókniste jak wymaga SIWZ), a w konsekwencji nie zawierają informacji czy wykonana sieć optyczna ma ilość włókien co najmniej 12 J.

Odwołujący wyjaśnia, że ilość włókien w kablu światłowodowym może wynosić od 4 do 288.

Odwołujący wskazuje, że z treści referencji udzielonych dla PBT ZACHÓD Spółka z o.o. przez Gminę Elbląg w postaci Protokołu odbioru końcowego robót (s. 7-10 oferty) wynika, iż podmiot ten nie realizował zamówienia samodzielnie, lecz jako lider konsorcjum. Powinno zatem budzić wątpliwości zamawiającego, czy podmiot ten faktycznie uczestniczył w wykonaniu zamówienia i w jakim zakresie, a w konsekwencji czy posiada on rzeczywistą wiedzę i doświadczenie wymaganą dla realizacji przedmiotowego zamówienia.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

Powyższe stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp i w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

**ZARZUT 2** - Brak spełnienia przez konsorcjum KRAK-MAN warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Korzystając z uprawnienia z art. 26 ust. 2b Pzp i pkt. VI.4. SIWZ, konsorcjum KRAK-MAN powołało się w swej ofercie na wiedzę i doświadczenie PBT ZACHÓD Spółka z o.o. przedstawiając oświadczenie tego podmiotu.

Odwołujący podnosi, że treść oświadczenia PBT ZACHÓD Spółka z o.o. nie spełnia warunku, o którym mowa w art. 26 ust. 2 Pzp i wymogu z pkt. VI.4., VII. 1.5) SIWZ.

Nieadekwatność zobowiązania PBT ZACHÓD Spółka z o.o. polega na zobowiązaniu się do oddania wykonawcy swoich zasobów w zakresie ograniczonym do realizacji sieci optycznej o ilości włókien co najmniej 12 J w zakresie której była dostawa sieci światłowodowej o łącznej długości nie krótszej niż 100 km. Tymczasem szczegółowy przedmiot zamówienia został sprecyzowany przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ i polega w szczególności na dostawie kabli / włókien światłowodowych i infrastruktury teleinformatycznej wraz z obsługą serwisową, ułożonej w kanalizacji teletechnicznej na terenie miasta Krakowa i Tarnowa w relacjach określonych w załączniku 1 tabela 1. Jednocześnie zobowiązanie PBT ZACHÓD Spółka z o.o. nie zawiera gwarancji udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Powyższe stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4 i w zw. z art. 22 ust. 3 i art. 7 ust. 3 Pzp.

**ZARZUT 3** - Brak spełnienia przez konsorcjum KRAK-MAN warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Konsorcjum KRAK-MAN w złożonej ofercie (Wykaz) powołało się na doświadczenie podmiotu trzeciego PBT ZACHÓD Spółka z o.o. przedkładając referencje Wykazując spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia konsorcjum KRAK-MAN przedłożyło referencje udzielone PBT ZACHÓD Spółka z o.o. przez Gminę Elbląg (s. 7 oferty) w postaci Protokołu odbioru końcowego robót z dnia 22.12.2010 r. Na stronie 3 Protokołu (s. 9 oferty), zawarto Wnioski komisji i zobowiązanie wykonawcy do poprawienia jakości wykonanych spawów

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

świetłowodu w wymienionych obiektach i w określonym terminie. Ani oferta ani uzupełnione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają, że jakość prac została poprawiona zgodnie z żądaniem Komisji. Wnikliwa analiza Protokołu wykazuje brak potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, co dyskwalifikuje ten dokument w świetle w pkt. VII. 2) i 3) SIWZ.

W związku z tym zamawiający winien był uznać przedmiotowe referencje (Protokół odbioru końcowego robót z dnia 22.12.2010 r.) za nie spełniające wymogu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, co w konsekwencji świadczy o niewykazaniu przez konsorcjum KRAK-MAN spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z treścią pkt. VI.2.a).I. SIWZ oraz art. 22 ust. 2 PZP, a także nie wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z art. 22 ust. 3 Pzp.

**ZARZUT 4.-** Zamawiający wymagał, by wykonawcy w ofercie wskazali, czy zamówienie zrealizują sami, czy też przy udziale podwykonawców (pkt. XVIII.1.).

Oferta konsorcjum KRAK-MAN, nie zawierała pierwotnie informacji o udziale podwykonawcy w wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

Konsorcjum KRAK-MAN powołało się natomiast na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego PBT ZACHÓD Spółka z o.o., załączając do oferty oświadczenie tego podmiotu „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy osób, wiedzy i doświadczenia, które będą niezbędne do wykonania zamówienia" (s. 11 oferty).

Podmiot ten nie deklarował formy oddania do dyspozycji wykonawcy swoich zasobów.

Na skutek uzupełnienia dokumentacji konsorcjum KRAK-MAN złożyło oświadczenie, iż „PBT ZACHÓD Spółka z o.o. będzie uczestniczyć w ww. zamówieniu jako podwykonawca przy budowie sieci”.

W oświadczeniu konsorcjum KRAK-MAN z dnia 7.07.2011 r. mowa o „uczestnictwie podwykonawcy w budowie sieci”. Oświadczenie to jest niejasne bowiem przedmiot zamówienia stanowi szereg relacji w dwóch lokalizacjach - w Krakowie i Tarnowie, zatem istnieje wątpliwość czy podwykonawcy zostanie powierzona do wykonania cała sieć we wszystkich relacjach czy też tylko niektóre relacje.

Oferta wybranego wykonawcy nie odpowiada treści ogłoszonej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem wykonawca nie ujawnił w ofercie informacji, iż PBT ZACHÓD Spółka z o.o. będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Brak wskazania przez konsorcjum KRAK-MAN zamiaru zlecenia podwykonawcy wykonania sieci, a



Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

także nie wskazanie zakresu prac powierzonych podwykonawcy, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji ustalenia, że konsorcjum KRAK-MAN będzie korzystało z pomocy podwykonawcy i nie wskazało zakresu powierzonych mu prac, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Według tak przedstawionego stanu rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany Konsorcjum KRAK-MAN wnosząc o oddalenie odwołania.

### **Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.**

W dniu 27 lipca 2011 r. zamawiający przekazał odwołującemu TELTECH faxem i drogą elektroniczną informację o wyborze oferty, jako najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum KRAK-MAN.

Odwołujący na dzień składania odwołania to jest na dzień 4 sierpnia 2011r. posiada interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu jest najniższa cena. Natomiast oferta Odwołującego uzyskała 64,58 punktów na 100,00 i jest drugą z kolei ofertą sklasyfikowaną przez zamawiającego, ponieważ kolejne dwie oferty nie podlegały klasyfikacji z uwagi na to, że Zamawiający wykluczył wykonawców składających te oferty.

Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia uwzględniając wnioski dowodowe stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, dokonując ustaleń jak poniżej.

### **Co do zarzutu nr 1**

#### **Izba ustaliła co następuje.**

Zamawiający w pkt. VI.2.a I i II SIWZ określił następująco warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych do SIWZ w dniu 08.07.2011r.:

Za spełniającego warunki udziału w postępowaniu zostanie uznany Wykonawca, który zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie:

I. sieć optyczną o ilości włókien co najmniej 12 J w zakresie której była dostawa sieci światłowodowej o łącznej długości nie krótszej niż 100 km w jednej lokalizacji- mieście (Zamawiający nie dopuszcza liczenia kilometrażu pojedynczych włókien w kablu światłowodowym);

II. sieć optyczną o ilości włókien co najmniej 12 J w zakresie której była dostawa sieci światłowodowej o łącznej długości nie krótszej niż 10 km w jednej lokalizacji (mieście) innej niż w pkt. 2a).I. (Zamawiający nie dopuszcza liczenia kilometrażu pojedynczych włókien w kablu światłowodowym).

III. serwis sieci optycznych w co najmniej dwóch różnych lokalizacjach świadczony dla dwóch różnych Zamawiających w tym jednej o długości nie mniejszej niż 100 km przez okres nie krótszy niż dwa lata.

Z formularza ofertowego konsorcjum KRAK-MAN wynika, że integralną część oferty stanowią Wykaz dostaw, Protokół odbioru końcowego na „Budowę Miejskiej Sieci Szerokopasmowej w Elblągu – część pasywna”, Referencje z Urzędu Miasta Zgierza.

Wykaz do oferty został sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ. Na stronie 5 oferty zamieszczono oświadczenie o treści jak opisano powyżej to jest jak w pkt VI 2a I i II SIWZ oraz tabelę sporządzoną według wzoru zał. Nr 4 do SIWZ. W poz. I i II tabeli wymienione są następujące prace: na rzecz Gminy Miasto Elbląg budowa miejskiej sieci szerokopasmowej w Elblągu – część pasywna (poz. I ) oraz na rzecz Urzędu Miasta Zgierza prace w ramach „Kompleksowego rozwoju infrastruktury społeczeństwa informacyjnego...”- wykonanie projektów i sieci światłowodowej na słupach energetycznych (poz.II.).

Do Wykazu dołączono:

1. Protokół odbioru końcowego (świadczenie przejęcia dla całości robót) z dnia 22.12.2010r. dla zadania budowa miejskiej sieci szerokopasmowej w Elblągu – część pasywna, zawierające między innymi stwierdzenie „Komisja po zapoznaniu się z dokumentacją techniczną i kosztorysową oraz ze stanem faktycznym robót postanawia przyjąć wykonane roboty od Wykonawcy. Ocena jakości robót i użytych materiałów: dobra.”

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

2. Referencje z dnia 30.10.2009r. wystawione przez Urząd Miasta Zgierza dla „zadań w zakresie etapu drugiego projektu Kompleksowy rozwój infrastruktury społeczeństwa informacyjnego”- wykonanie projektu i sieci światłowodowej, które zawierają stwierdzenie, że wykonano sieć światłowodową w tym: 20 761,7 mb instalacji trasowej na podbudowie słupowej oraz, że prace zostały wykonane z zachowaniem należytej staranności, zgodnie z obowiązującymi normami i przepisami.

Pismem z dnia 19.07.2011r. Zamawiający wezwał konsorcjum KRAK-MAN do złożenia oświadczeń i dokumentów, w którym przedstawiono ocenę dokumentów następująco:

1. Dostawa dla Gminy Elbląg: Brak podania długości zarówno w Wykazie jak i w dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie kabla światłowodowego o długości nie krótszej niż 100 km,
2. Dostawa dla Urzędu Miasta Zgierz: Wykaz i Dokument potwierdzający należyte wykonanie, potwierdza spełnienie warunku.

Dlatego też Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów w taki sposób aby potwierdzały długość sieci światłowodowej dla Gminy Miasta Elbląg.

W części drugiej wezwania Zamawiający zażądał, w związku z korzystaniem z potencjału podmiotu PBT ZACHÓD sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie, uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie udziału podmiotu PBT ZACHÓD w wykonaniu zamówienia, przywołując zapisy VII.6. SIWZ. Zgodnie z VII.6. SIWZ „Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art.26 ust.2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia wymaga się przedłożenia przez ten podmiot dokumentów wymienionych w ust.2”.

Przy czym Zamawiający przywołał opinię Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną na stronie internetowej [WWW.uzp.gov.pl](http://WWW.uzp.gov.pl), zgodnie z którą powołanie się na zasoby podmiotów trzecich skutkuje tym, że podmiot ten będzie brał udział w wykonaniu zamówienia co do zasady jako wykonawca.

Dlatego Zamawiający żądał uzupełnienia dokumentów wyszczególnionych w cz. VII 2 SIWZ to jest wynikających z art.24 ust.1 ustawy.

W wykonaniu tego wezwania konsorcjum KRAK-MAN w dniu 21.07.2011r. uzupełnił dokumenty składając między innymi:

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

1. Oświadczenie PBT ZACHÓD Sp. z o.o. o długości dostarczonej sieci światłowodowej dla Gminy Miasta Elbląg,
2. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na „Budowę miejskiej sieci szerokopasmowej w Elblągu – część pasywna”.

Ponadto konsorcjum KRAK-MAN poinformował, że podmiot udostępniający doświadczenie zawodowe i wiedzę będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia i załączył oświadczenie z dnia 07.07.2011r. konsorcjum KRAK-MAN. Z treści oświadczenia KRAK-MAN wynika, że PBT ZACHÓD sp. z o.o. będzie uczestniczyć w zamówieniu jako podwykonawca przy budowie sieci.

Konsorcjum KRAK-MAN załączył również oświadczenie PBT ZACHÓD Sp. z o.o. z dnia 07.07.2011r., że długość ułożonej sieci światłowodowej w kanalizacji teletechnicznej w Elblągu wyniosła 123 km.

Załączono również ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Gminy-Miasto Elbląg.

#### Izba zważyła co następuje.

Na rozprawie pełnomocnik odwołującego TELTECH cofnął zarzut w zakresie braku wykazania przez konsorcjum KRAK-MAN, iż realizacje sieci światłowodowej nie posiadają ilości włókien co najmniej 12 J. Powyższe uczynił w trakcie złożenia przez przystępującego KRAK-MAN przedmiaru prac Budowy miejskiej sieci szerokopasmowej w Elblągu, z którego to przedmiaru wynikało, iż przewidziany kabel posiadał wymagany parametr 12 J i więcej.

W związku ze skutecznym cofnięciem zarzutu, Izba tegoż zarzutu nie rozpatrywała.

Jak sam odwołujący TELTECH wskazał PBT ZACHÓD udostępniające doświadczenie zawodowe i wiedzę na rzecz konsorcjum KRAK-MAN, pełniło w pracach w Elblągu funkcję lidera konsorcjum, co w ocenie odwołującego powinno budzić wątpliwości u zamawiającego czy PBT ZACHÓD jako lider konsorcjum posiadało wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonywanego całego zadania czy tylko w ograniczonym zakresie i konkretnie w jakim zakresie.

W tym celu w ocenie odwołującego, zamawiający miał obowiązek w trybie art. 87 ust.1 ustawy przeprowadzić postępowanie wyjaśniające dla ustalenia zakresu uzyskanego doświadczenia przez PBT w związku z pracami w Elblągu.

W ocenie Izby takie rozumienie uzyskanego doświadczenia w sytuacji realizacji prac w ramach konsorcjum jest nieuzasadnione żadnymi przepisami prawa. W związku z tym brak podstawy prawnej do każdorazowego ustalania zakresu uzyskanego doświadczenia w razie realizacji prac w

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

ramach konsorcjum. Reasumując w ocenie Izby każdy uczestnik konsorcjum ma prawo posługiwać się uzyskanym doświadczeniem obejmującym całość prac realizowanych w ramach konsorcjum.

W związku z tym zarzut odwołującego TELTECH, że okoliczność pełnienia funkcji lidera konsorcjum przez PBT ZACHÓD powinna budzić wątpliwości zamawiającego, czy podmiot ten faktycznie uczestniczył w wykonaniu zamówienia i w jakim zakresie, a w konsekwencji czy posiada on rzeczywistą wiedzę i doświadczenie wymagane dla realizacji przedmiotowego zamówienia i zamawiający powinien wdrożyć postępowanie wyjaśniające w trybie art.87 ust.1 ustawy, jest bezpodstawny.

Tym samym powyżej opisany zarzut nie stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, art. 24 ust. 4 ustawy i w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

## **Co do zarzutu nr 2**

Izba ustaliła co następuje.

Zarzut braku spełnienia przez konsorcjum KRAK-MAN warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, z powołaniem się na oświadczenie w trybie art. 26 ust. 2b Pzp i pkt. VI.4. SIWZ.

Konsorcjum KRAK-MAN w swej ofercie powołało się na wiedzę i doświadczenie PBT ZACHÓD Spółka z o.o. w Kostrzynie przedstawiając oświadczenie tego podmiotu (s. 11 oferty). W treści zobowiązania spółka PBT ZACHÓD oświadczyła, iż „Po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu, ja niżej podpisany oświadczam, że zobowiązuję się do oddania Wykonawcy zasobów oraz posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do spełnienia wymagań punktu VI.2.a).I.”

Zgodnie z powyżej cytowanym punktem VI.2.a).I. Zamawiający żądał wykazania przez wykonawców doświadczenia i wiedzy formułując warunek w następujący sposób „Za spełniającego warunki zostanie uznany Wykonawca, który zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie:

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

sieć optyczną o ilości włókien co najmniej 12 J w zakresie której była dostawa sieci światłowodowej o łącznej długości nie krótszej niż 100 km w jednej lokalizacji - mieście (Zamawiający nie dopuszcza liczenia kilometrażu pojedynczych włókien w kablu światłowodowym);

Konsorcjum KRAK-MAN wykazując wymóg SIWZ wskazało na rzecz Gminy Miasto Elbląg budowę miejskiej sieci szerokopasmowej w Elblągu – część pasywna (poz. I Wykazu) i załączyło do oferty Protokół odbioru końcowego (świadcstwo przejścia dla całości robót) z dnia 22.12.010r. dla zadania budowa miejskiej sieci szerokopasmowej w Elblągu – część pasywna, zawierające między innymi stwierdzenie „Komisja po zapoznaniu się z dokumentacją techniczną i kosztorysową oraz ze stanem faktycznym robót postanawia przyjąć, wykonane roboty od Wykonawcy. Ocena jakości robót i użytych materiałów; dobra.”

Z protokołu wynika, że wykonawcą robót było Konsorcjum wykonawców:

- I. Lider – Przedsiębiorstwo Budownictwa Telekomunikacyjnego „ZACHÓD” Sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie Wlkp.
- II. ELEKTROMONT z siedzibą w Jeleniej Górze.

Co do udziału podmiotów trzecich SIWZ zawiera następujące regulacje:

1. Pkt VI. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. ppkt 4 „Zgodnie z art. 26 ust.2 b ustawy, Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest 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 wykonywaniu zamówienia.
2. Pkt VII Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu ppkt 5. „pisemne zobowiązanie innych podmiotów, zgodnie z art.26 ust.2 b ustawy, do oddania Wykonawcy, do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – jeżeli dotyczy”.

Odwołujący podnosi, że treść oświadczenia PBT ZACHÓD Spółka z o.o. nie spełnia warunku, o którym mowa w art. 26 ust. 2 Pzp i wymogu z pkt. VI.4., VII. 1.5) SIWZ.

Sygn. akt KIO 1661/11

Sygn. akt KIO 1684/11

Nieadekwatność zobowiązania PBT ZACHÓD Spółka z o.o. polega na zobowiązaniu się do oddania wykonawcy swoich zasobów w zakresie ograniczonym do realizacji sieci optycznej o ilości włókien co najmniej 12 J w zakresie której była dostawa sieci światłowodowej o łącznej długości nie krótszej niż 100 km. Tymczasem szczegółowy przedmiot zamówienia został sprecyzowany przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ i polega w szczególności na dostawie kabli / włókien światłowodowych i infrastruktury teleinformatycznej wraz z obsługą serwisową, ułożonej w kanalizacji teletechnicznej na terenie miasta Krakowa i Tarnowa w relacjach określonych w załączniku 1 tabela 1. Jednocześnie zobowiązanie PBT ZACHÓD Spółka z o.o. nie zawiera gwarancji udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W oparciu o treść Zobowiązania złożonego przez PBT ZACHÓD Spółka z o.o. nie można uznać, że podmiot ten przedstawił pisemne zobowiązanie do oddania konsorcjum KRAK-MAN do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, a tym samym by konsorcjum KRAK-MAN wykazało, że może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niezbędnych do realizacji zamówienia w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

#### Izba zważyła co następuje.

W treści zobowiązania PBT ZACHÓD (oferta str. 11) przywołano przedmiotowe zamówienie (Dotyczy: Zamówienia udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę kabli/włókien światłowodowych i infrastruktury teleinformatycznej wraz z obsługą serwisową. Nr sprawy ZP-46/2011). Czyli PBT ZACHÓD przez przywołanie tytułu zamówienia identyfikuje swoje zobowiązanie do oddania do dyspozycji konsorcjum KRAK-MAN zasobów wiedzy i doświadczenia w celu realizacji zamówienia opisanego szczegółowo w załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia dostawa kabli/włókien światłowodowych i infrastruktury teleinformatycznej wraz z obsługą serwisową. Nie ma podstaw formalnych i prawnych, jak oczekuje tego odwołujący TELTECH, wymagania w złożonym zobowiązaniu przez PBT ZACHÓD wskazywania szczegółowo prac wymienionych w Zał. Nr 1 do SIWZ czy też powoływania się na ten załącznik. W ocenie Izby wystarczającym zapewnieniem dla zamawiającego jest przywołanie w zobowiązaniu tytułu przedmiotowego zamówienia i jego numeru referencyjnego, jak to uczynił podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia. Ponadto wbrew twierdzeniu odwołującego TELTECH, o braku pisemnego zobowiązania do oddania konsorcjum KRAK-MAN do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, podmiot udostępniający zasoby w samym tytule oświadczenia wskazuje, że jest to zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy osób, wiedzy i doświadczenia, które będą niezbędne do wykonania zamówienia.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

Zamawiający bowiem w pkt VI ppkt 4 i pkt VII SIWZ określił, że spełnienie warunków udostępnienia zasobów na podstawie art.26 ust.2 b ustawy zostanie spełnione jeżeli Wykonawca w takiej sytuacji udowodni Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie Izby udostępniający podmiot PBT ZACHÓD takie zobowiązanie złożył.

Reasumując Konsorcjum KRAK-MAN nie podlega wykluczeniu z powodu przedłożenia oświadczenia PBT ZACHÓD o udostępnieniu zasobów wiedzy i doświadczenia w trybie art.26 ust.2 b ustawy.

Tym samym zamawiający nie naruszył, wbrew twierdzeniu odwołującego TELTECH, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4 i w zw. z art. 22 ust. 3 i art. 7 ust. 3 Pzp nie wykluczając z postępowania Konsorcjum KRAK-MAN.

### **Co do zarzutu nr 3**

#### **Izba ustaliła co następuje.**

Zarzut braku spełnienia przez konsorcjum KRAK-MAN warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w związku z brakiem wykazania należytego wykonania robót.

Odwołujący TELTECH podniósł, że Konsorcjum KRAK-MAN w złożonej ofercie powołało się na potencjał podmiotu trzeciego PBT ZACHÓD Spółka z o.o. Wykazując spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia konsorcjum KRAK-MAN przedłożyło referencje udzielone dla PBT ZACHÓD Spółka z o.o. przez Gminę Elbląg (s.7 oferty) t.j. Protokół odbioru końcowego robót z dnia 22.12.2010 r.

Na stronie 3 Protokołu (s. 9 oferty), zawarto wnioski Komisji i zobowiązanie wykonawcy do poprawienia jakości wykonanych spawów światłowodu w wymienionych obiektach i w określonym terminie. Ani oferta ani uzupełnione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają, że jakość prac została poprawiona zgodnie z żądaniem Komisji. W ocenie odwołującego TELTECH analiza Protokołu wykazuje brak potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, co dyskwalifikuje ten dokument w świetle w pkt. VII. 2) i 3) SIWZ.

W związku z tym zamawiający winien był uznać przedmiotowe referencje (Protokół odbioru końcowego robót z dnia 22.12.2010 r.) za nie spełniające wymogu potwierdzenia należytego



Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

wykonania zamówienia, co w konsekwencji świadczy o niewykazaniu przez konsorcjum KRAK-MAN spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z treścią pkt. VI.2.a).I. SIWZ oraz art. 22 ust. 2 PZP, a także nie wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z art. 22 ust. 3 Pzp.

Izba rozpoznając powyższy zarzut dokonała oceny załączonego do oferty „Protokołu odbioru końcowego robót” z dnia 22.12.2010r. stanowiącego „Świadectwo przejęcia całości robót” (str.7 oferty). W protokole tym stwierdza się, że Komisja po zapoznaniu się z dokumentacją projektową i kosztorysową oraz ze stanem faktycznym robót postanawia przyjąć wykonane roboty od Wykonawcy (skreślono zwrot-nie przyjąć). Ocena jakości robót i użytych materiałów: dobra (skreślono zwroty: niedobra, niedostateczna). W protokole znajduje się tabela zawierająca informacje o przebiegu wykonaniu robót między innymi: o terminie powiadomienia Wykonawcy o wykonaniu całości robót-30.09.2010r., przejęcie całości robót nastąpiło w terminie (czas trwania odbioru)-od 03.11.2010do 22.12.2010r., data zasadniczego zakończenia robót-30.09.2010r., okres gwarancyjny z tytułu gwarancji jakości zakończy się-23.12.2013r.

W ustaleniach stwierdza się między innymi: Pkt 1. Wykonawca przekazuje Zamawiającemu dzienniki budowy oraz: a) kompletną dokumentację powykonawczą, b) protokoły techniczne odbioru robót branżowych, c) atesty, certyfikaty na wbudowane materiały, armaturę i urządzenia, d) wymagane przepisami szczegółowymi protokoły i zaświadczenia z przeprowadzonych przez Wykonawcę badań i sprawdzeń, e) inwentaryzację geodezyjną, f) instrukcje obsługi, karty gwarancyjne, DTR na wbudowane urządzenia, g) oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania robót z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, h) oświadczenie kierownika budowy o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu robót (budowy), i) pisemną gwarancję jakości na wykonany przedmiot budowy. Pkt 2 Wyżej powołany w punktach a)-i) zbiór dokumentów opatrzony został szczegółowym wykazem będący załącznikiem do protokołu odbioru końcowego.

W podnoszonych przez odwołującego TELTECH na okoliczność nienależytego wykonania umowy wnioskach Komisji znajdują się następujące zapisy:

1. Komisja oczekuje od Wykonawcy poprawienia jakości wykonanych spawów światłowodu w wymienionych w załączniku nr 1 obiektach nie później niż do dnia 31.12.2011r.
2. W obiektach o numerach AP051, AP119 i AP145 przesunięcia szaf zgodnie z wymaganiami przyszłego użytkownika w podanym powyżej terminie.

Protokół zawiera podpisy zarówno zamawiającego, wykonawcy, inżyniera kontraktu, inspektorów nadzoru robót branżowych oraz przedstawicieli przyszłego użytkownika.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

Izba zważyła co następuje.

Przedłożony protokół jest po pierwsze zgodnie z jego tytułem protokołem końcowego odbioru robót, a po drugie podpisanym przez uczestniczące w odbiorze strony. Po trzecie stwierdza się w nim, że jakość robót i użytych materiałów jest dobra, co świadczy o należyтым wykonaniu umowy. Po czwarte wymienia się w nim szereg dokumentów, stanowiących załączniki do protokołu, potwierdzających, że dokonano końcowego odbioru robót (np.: dokumentacja powykonawcza, protokoły techniczne odbioru robót branżowych, instrukcje obsługi, DTR, dokumenty gwarancji, atesty, certyfikaty).

Reasumując w przypadku gdyby inwestor miał zastrzeżenia co do zgodnego z umową wykonania robót to nie podpisywałby dokumentu o nazwie Protokół odbioru końcowego robót nazywając go jednocześnie Świadectwem przejęcia dla całości robót.

Natomiast zawarte w nim uwagi o konieczności poprawy jakości spawów, co podnosi odwołujący, nie miały wpływu na dobrą ocenę wykonania robót, którą stwierdza się w protokole.

Z powyższego wynika, że dokonujący odbioru robót ustalenie konieczności poprawy jakości wykonanych spawów światłowodu, uznali za usterkę a nie wadę, uniemożliwiającą dokonanie końcowego odbioru robót oraz podpisali na tę okoliczność protokołu o nazwie końcowy odbiór robót. Bowiern w praktyce końcowych odbiorów robót zdarzają się ustalenia stwierdzające usterki wykonanych robót, które jednak nie stanowią podstawy do odmowy końcowego odbioru robót z potwierdzeniem dobrej jakości robót.

W związku z powyższym nie potwierdził się zarzut odwołującego TELTECH, że przedstawiony w ofercie protokół odbioru robót nie potwierdza należytego wykonania roboty a tym samym, że zamawiający naruszył pkt VI ppkt 2a I SIWZ oraz art.22 ust.1 pkt 2 ustawy odnoszący się do spełnienia przez wykonawcę konsorcjum KRAK-MAN warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

**Co do zarzutu nr 4**

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 19.07.2011r. wezwał konsorcjum KRAK-MAN o uzupełnienie dokumentów potwierdzających udział PBT ZACHÓD w wykonaniu zamówienia, przywołując opinię Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną na stronie internetowej [WWW.uzp.gov.pl](http://WWW.uzp.gov.pl) zgodnie z którą, (...) powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

przez niego referencje będą dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca) (...).

W wykonaniu wezwania konsorcjum KRAK-MAN złożyło oświadczenie datowane na dzień 07.07.2011r. o treści „Oświadczamy, że PBT ZACHÓD Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Polnej 1A, 62-026 Kostrzyn będzie uczestniczyć w ww. zamówieniu, jako podwykonawca przy budowie sieci.” Oraz załączył wymagane oświadczenie i dokumenty wymienione w pkt VII ppkt 2 SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że oferta wybranego wykonawcy nie odpowiada treści ogłoszonej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem wykonawca nie ujawnił w ofercie informacji, iż PBT ZACHÓD Spółka z o.o. będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Brak wskazania przez konsorcjum KRAK-MAN zamiaru zlecenia podwykonawcy wykonania sieci, a także nie wskazanie zakresu prac powierzonych podwykonawcy, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji ustalenia, że konsorcjum KRAK-MAN będzie korzystało z pomocy podwykonawcy i nie wskazało zakresu powierzonych mu prac, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### Izba zważyła co następuje.

Nawet przy uwzględnieniu zapisu w SIWZ pkt. XVIII Wymagania dotyczące podwykonawców o treści „1.Zamawiający żąda wskazania w ofercie części zamówienia powierzonego podwykonawcom. W przypadku braku w ofercie wzmianki o podwykonawcach, Zamawiający uzna, że Wykonawca wykona zamówienie bez podwykonawców. 2.W przypadku powoływania się przez wykonawcę na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, należy pamiętać, iż podmiot z którego potencjału wykonawca korzysta musi uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, brak podstaw do uznania, że podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia musi być podwykonawcą.

W pkt XVIII SIWZ odnoszącym się do podwykonawców, zamawiający zamieszcza regulację o podmiotach udostępniających zasoby, ale nie wskazuje, że podmiot ten ma być podwykonawcą tylko stwierdza, że podmiot ten musi uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia co nie jest równoznaczne ze statusem podwykonawcy, a oznacza wszelkie inne formy udziału w wykonywaniu zamówienia jak np.: doradztwo, konsultacje czy opieka techniczna przy wykonywaniu zamówienia.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

O prawidłowości rozumienia powyżej cytowanego zapisu pkt XVIII SIWZ świadczy również pkt VII SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu ppkt 6 o treści „Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art.26 ust.2b ustawy, **a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia** wymaga się przedłożenia przez ten podmiot dokumentów wymienionych powyżej w ust.2.

Z tego zapisu SIWZ, które sam zamawiający „wytłuszczył” i podkreślił wynika, że niekoniecznie podmiot udostępniający zasoby ma być podwykonawcą czyli ma realizować część zamówienia.

Przyjęcie zasady, że podmiot udostępniający doświadczenia i wiedzę w tym na całe zadanie, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie, powinien być podwykonawcą (wykonujący oznaczoną część zamówienia), niweczy byt instytucji art.26 ust.2b ustawy to jest podmiotu udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia, ponieważ w myśl takiej zasady powinien ten podmiot realizować całe zadanie, ale wówczas powinien być wykonawcą, a nie podwykonawcą.

Pomimo, że wykonawca konsorcjum KRAK-MAN złożyło oświadczenie na wezwanie zamawiającego o podwykonawstwie PBT ZACHÓD to nie może to powodować odrzucenia jego oferty wobec zastosowania się do bezpodstawnego wezwania Zamawiającego, który nie miał prawa do tego rodzaju wezwania w myśl art.26 ust.2b ustawy, który nie wymaga aby podmiot udzielający zasobów był podwykonawcą.

W związku z powyższym oświadczenie KRAK-MAN z dnia 07.07.2011r. na wezwanie zamawiającego, że będzie korzystało z pomocy podwykonawcy nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Tym samym zarzut odwołującego TELTECH nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z tym, że żaden z zarzutów odwołującego TELTECH nie potwierdził się Izba oddaliła odwołanie nie stwierdzając wskazanych w odwołaniu naruszeń przepisów ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania.

**Sygn. akt 1684/11**

**uzasadnienie**

Pismem z dnia 5 sierpnia 2011 r. Odwołujący się: Konsorcjum reprezentowane przez AGNEX Sp. z o.o. ul. Michalusa 1 lok. 303;38-300 Gorlice zwane dalej "konsorcjum AGNEX" wniosło odwołanie w którym podniesiono następujące zarzuty:

- 1) wykluczenie Odwołującego się z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą,
- 2) zaniechanie dokonania wykluczenia oraz uznania za odrzuconą oferty Konsorcjum KRAK-MAN,
- 3) zaniechanie dokonania wykluczenia oraz uznania za odrzuconą oferty TELTECH,
- 4) brak wyboru oferty Konsorcjum AGNEX jako oferty najkorzystniejszej względnie
- 5) unieważnienie postępowania.

Podstawą powyższych zarzutów jest fakt, iż Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego podczas, gdy spełnia warunki udziału w postępowaniu a także fakt, iż Wykonawcy wymienieni w pkt 2 i 3 powyżej nie spełniają warunków określonych przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a w związku z tym powinni być wykluczeni z postępowania.

Odwołujący wskazał na następujące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- 1) art. 7 ust. 1 w świetle którego: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”;
- 2) art. 7 ust. 3 zgodnie z którym: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 zgodnie z którym „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;”;

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 zgodnie z którym „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.”;
- 5) art. 91 ust. 1 zgodnie z którym: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”;
- 6) art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 zgodnie z którym: „1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:
  1. wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
  2. wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę”.

Odwołujący zażądał następującego rozstrzygnięcia odwołania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum KRAK-MAN,
- 2) dokonania oceny ofert zgodnie z zasadami określonymi w ustawie - Prawo zamówień publicznych, w tym wykluczenia Konsorcjum KRAK-MAN oraz TELTECH i uznania ich ofert za odrzucone oraz
- 3) wybranie oferty Konsorcjum AGNEX w Gorlicach, jako najkorzystniejszej albo
- 4) unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

#### Braki w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego w piśmie z dnia 27 lipca 2011r. o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zawiadomiono Odwołującego ani o wykluczeniu jego z postępowania ani o odrzuceniu jego oferty. Nie wskazano również podstawy prawnej ani nie przedstawiono uzasadnienia faktycznego.

Z ostrożności procesowej zatem Odwołujący wskazał na konieczność ewentualnego unieważnienia postępowania, w sytuacji braku wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej, ponieważ utrzymanie w mocy wykluczenia Odwołującego, a także konieczność wykluczenia pozostałych Wykonawców powoduje, że w przedmiotowym postępowaniu brak jest ofert niepodlegających wykluczeniu.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

W ocenie odwołującego konsorcjum AGNEX zachodzi zatem przesłanka określona przepisem art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Z kolei utrzymanie status quo oznacza zaistnienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co także jest podstawą do unieważnienia postępowania.

#### Wezwanie oferentów do złożenia dokumentów i wyjaśnień.

W niniejszym postępowaniu obydwaj Wykonawcy wzywani byli do złożenia dokumentów i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Niemożliwe jest zatem ponowne wezwanie ich do uzupełniania (złożenia) dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków.

Dowód: wezwania Zamawiającego z dnia 19 lipca 2011 r. oraz odpowiedzi Konsorcjum KRAK - MAN z dnia 21 lipca 2011 r. oraz TELTECH z dnia 25 lipca 2011 r.

Dowód: formularze ofert Konsorcjum KRAK-MAN oraz TELTECH (w aktach sprawy).

W ocenie Odwołującego odnosząc się do podstawowego zarzutu stawianego w odwołaniu, należy stwierdzić, iż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego się ani odrzucenia jego oferty.

W dniu 19 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się do złożenia wskazanych w piśmie dokumentów oraz pełnomocnictwa.

#### Pełnomocnictwo dla Pana Mariusza Kisiela od Pana Piotra Pieszczecka

W odpowiedzi Odwołujący się dostarczył Zamawiającemu pełnomocnictwo, w którym Pan Piotr Pieszczek potwierdził umocowanie Pana Mariusza Kisiela do reprezentowania oraz składania oświadczeń woli i wiedzy w imieniu TELEMAX s.c. W pełnomocnictwie odwołano się jednoznacznie do umowy spółki cywilnej, w której w § 6 ust. 2 wskazano, że do składania oświadczeń w zakresie praw majątkowych i niemajątkowych spółki oraz reprezentowania jej i składania podpisów w imieniu spółki oraz zawierania umów upoważniony jest każdy wspólnik samodzielnie. Pomimo, iż pełnomocnictwo wystawione zostało po terminie składania ofert to umowa została zawarta przed tym terminem (bo w 1995 r.). Jeżeli zamawiający miał wątpliwości, mógł tę kwestię wyjaśnić. Pełnomocnictwo jednoznacznie wskazuje o jakie postępowanie o zamówienie publiczne chodzi (z podaniem nazwy i numeru), a w którym

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

występuje Konsorcjum AGNEX i będąca w jego składzie Spółka TELEMEX s.c.. Oczywiście jest i zgodne z wykładnią oświadczeń woli w rozumieniu art. 65 § 1 Kc, że dotyczy ono całego postępowania. Absurdalne byłoby bowiem udzielanie pełnomocnictwa do reprezentacji w postępowaniu, które już się zakończyło. Było by to sprzeczne zarówno z wolą mocodawcy, jak i zasadami logicznego myślenia. Niemożliwe jest także jego antydatowanie.

Dowód: umowa spółki cywilnej „TELEMEX” z dnia 2 listopada 1995 r.

#### Zaświadczenia US i ZUS dla odwołującego to jest członka konsorcjum s.c. Telemex

W kwestii zaświadczeń z US i ZUS dla wspólników spółki TELEMEX, należy wskazać, iż podejście Zamawiającego nie jest właściwe.

W wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. (KIO/1789/09) KIO stwierdziła, iż w przypadku wykonawcy występującego w formie spółki cywilnej na potwierdzenie niezalegania w podatkach wystarczającym jest złożenie zaświadczenia wystawionego na spółkę cywilną. Z wyroku: „ Izba uznała, iż zaświadczenie Naczelnika US z dnia 08.09.2009 r. załączone do oferty dotyczy spółki cywilnej, jako samodzielnego na gruncie przepisów podatkowych podmiotu, odrębnego od wspólników. Podmiotowość podatkowa spółki cywilnej została potwierdzona wyrokiem WSA w Poznaniu z 24.06.2009r. (I SA/Po 494/09, opubl: Legalis), w którym Sąd stwierdził, że: „ w świetle przepisów Ordynacji podatkowej, w przypadkach w których ustawa podatkowa przyznaje spółce cywilnej podmiotowość podatkową poprzez ustanowienie jej na gruncie tej ustawy podatnikiem, płatnikiem lub inkasentem, stroną postępowania podatkowego w zakresie praw i obowiązków wynikających z tejże podmiotowości jest spółka cywilna. W tych też przypadkach spółka powinna być adresatem decyzji podatkowej, jako podmiot samodzielny, odrębny od wspólników". Oferty w postępowaniu nie złożyli wspólnicy, jako osoby fizyczne, ale jako przedsiębiorcy prowadzący wspólnie działalność gospodarczą. Brak konsekwencji ustawodawcy w stosunku do określenia bytu prawnego spółki cywilnej nie może rodzić negatywnych skutków prawnych dla przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Na tej podstawie, Izba uznała, iż wystarczającym dla potwierdzenia nie zalegania z podatkami wykonawcy, było zaświadczenie załączone do oferty."

Natomiast wymaganie złożenia zaświadczenia lub zaświadczeń wystawionych przez właściwy oddział ZUS przez wspólników lub przez spółkę cywilną konkretyzuje się w zależności od okoliczności danego przypadku - tzn. faktu zatrudniania pracowników lub zgłaszania do ubezpieczenia osób i odprowadzania składki z innych tytułów (umów cywilnoprawnych) oraz dokonywania lub nie wymienionych czynności w odniesieniu do wspólników.



Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

Spółka TELMAX zatrudnia pracowników. Złożyła zatem zaświadczenie o niezaleganiu z opłatami na rzecz ZUS dla spółki cywilnej. Pomimo, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcą nie jest spółka cywilna a wspólnie występujący i tworzący ją wspólnicy, to w świetle przepisów o ubezpieczeniach zdrowotnych i społecznych nie możliwe byłoby wydanie zaświadczenia o niezaleganiu z opłatami, gdyby któryś ze wspólników z takim opłatami zalegał. Zaświadczenie wydane dla spółki cywilnej potwierdza zatem także niezaleganie z opłatami przez wspólników. Oznacza to, że w świetle Pzp Odwołujący się spełnia w tym względzie warunki udziału w postępowaniu.

Fakt braku zaległości podatkowych oraz w stosunku do ZUS został dodatkowo potwierdzony zaświadczeniami złożonymi na wezwanie Zamawiającego

#### Aktualna Informacja z Krajowego Rejestru Karnego członków Zarządu spółki OPTOLAND S.A. członka konsorcjum AGNEX

Odnosząc się do wymagania złożenia aktualnej informacji z KRK dla Pań: Sylwi K. oraz Katarzyny Z., to należy uznać, że dokumenty te nie mają znaczenia w sprawie, bowiem obie Panie na dzień składania ofert nie były członkami Zarządu OPTOLAND S.A.

Dowód: rezygnacja pani Sylwi K. z dnia 14 lutego 2011 r. oraz Katarzyny Z. z dnia 11 lipca 2011 r. oraz uchwała NWZA z dnia 8 lipca 2011 r.

#### W kwestii braku wykluczenia Konsorcjum KRAK- MAN,

Odwołujący w złożonym odwołaniu w pełni zgodził się z zarzutem braku wykluczenia Konsorcjum stawianym w odwołaniu wniesionym przez TELTECH w dniu 3 sierpnia 2011 r., a okoliczności tam wskazane służą jako dowód w sprawie potwierdzający konieczność wykluczenia oferty Konsorcjum KRAK-MAN i uznania jego oferty za odrzuconą.

Protokół odbioru końcowego wykonania zamówienia publicznego mający potwierdzać spełnianie warunków, nie zawiera sformułowania, że prace zostały wykonane należycie, w szczególności, że wnioski komisji dokonujące odbioru wykazują błędy w pracach.

Ponadto, list referencyjny MPWiK nie potwierdza "serwisowania sieci optycznych". Został on podpisany w sposób nieczytelny Faktu serwisowania, co było wymogiem SIWZ, nie potwierdzają też dokumenty przeróżne w uzupełnieniu, na wezwanie Zamawiającego. Istotną informacją przy tym jest to, że MPWiK nie jest operatorem telekomunikacyjnym. Firma ta udostępnia swoje kanalizacje na ułożenie kabli innym podmiotom, a w tym między innymi

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

około 27 km Firmie Exatel, ponad 20 Firmie Optokan, kilka kilometrów Urzędowi Miasta oraz Firmie UPC. Oznacza to, że w kanalizacjach MPWiK być może łącznie jest ponad 100 km ułożonych kabli, ale ze względu na te okoliczności MPWiK nie może potwierdzić serwisowania sieci optycznych obcych podmiotów. Faktem jest, że sieci te są naprawdę serwisowane przez różne podmioty. Miedzy innymi sieć Urzędu Miasta Krakowa serwisuje AGNEX (UMOWA w aktach spraw, REFERENCJE w załączeniu) ZUS MPWiK być może tylko monitoruje kanalizacje z ułożonymi przez różnych operatorów kablami (co rzeczywiście potwierdzają referencje, dlatego zostały wystawione przez MPWiK). MPWiK nie miało jednak podstaw do wystawiania referencji na serwis i generalnie nie zrobiło tego.

Konsorcjum nie może zatem wykazać stawianych przez Zamawiającego warunków w pkt I.2.a) SIWZ.

#### Co do braku wykluczenia do oferty TELTECH

Nie spełnianie przez tego wykonawcę warunków, należy stwierdzić, iż w ofercie tej firmy, także po jej uzupełnieniu brak informacji i referencji potwierdzających wykonanie (dostawę) sieci o parametrach wymaganych przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca przedstawił nowy wykaz wykonanych zamówień oraz referencje potwierdzające należyte ich wykonanie.

Wykazane zamówienia nie spełniają jednak wymagania zamawiającego, co do ilości włókien (miały dotyczyć sieci optycznej o ilości włókien co najmniej 12J w zakresie której była dostawa sieci światłowodowej).

Należy także podnieść, że w ofercie nie ma dowodu wniesienia wadium. Wykonawca, który nie wniesie wadium podlega wykluczeniu z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Podważyć także należy pełnomocnictwo, które pomimo, iż jak wskazuje jego treść sporządzone zostało po wezwaniu, to jednak zawiera datę sprzed terminu składania ofert. Niewłaściwe jest także potwierdzanie pełnomocnictwa przez samego umocowanego.

Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez ww. Wykonawców jest oczywiste. Ponadto w przypadku obu Firm mamy do czynienia z przykładami podania nieprawdziwych informacji, których nieuwzględnienie w ocenie zmienia wynik postępowania. Po wykluczeniu obu Wykonawców, nasza oferta (Odwołującego się) będzie najkorzystniejsza.

W świetle powyższego wskazane przez nas działania Zamawiającego, w oczywisty sposób naruszają zasady: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności doszło zatem do naruszenia wymienionych na wstępie przepisów Pzp.

Powyższe wady postępowania Zamawiającego bezwzględnie naruszają interes Odwołującego się w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażają go na szkodę.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

Dlatego wobec oczywistego uchybienia przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Konsorcjum reprezentowane przez AGNEX Sp. z o.o. w Gorlicach wnosi jak na wstępie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili:

1. TELTECH pismem z dnia 08.08.2011r.
2. Konsorcjum KRAK-MAN pismem z dnia 08.08.2011r.,  
wnosząc o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą to jest ofertę z najniższą ceną przy obowiązującym jedynym kryterium oceny ofert cena, zgodnie z pkt XV.2 SIWZ. Natomiast w ocenie Odwołującego, Zamawiający poprzez niezgodne z przepisami ustawy czynności pozbawił go zamówienia czym naraził Odwołującego na szkodę.

Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia uwzględniając wnioski dowodowe stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, dokonując ustaleń jak poniżej.

**Co do zawiadomienia Zamawiającego z dnia 27 lipca 2011r. o wyborze najkorzystniejszej oferty.**

Izba ustaliła co następuje.

W zawiadomieniu Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum KRAK-MAN, która uzyskała 100 punktów.

Przedstawiono również wyniki oceny pozostałych ofert: TELTECH uzyskał drugi wynik z punktacją 64,58 punktów na możliwych 100 punktów, oferty konsorcjum AGNEX i KORBUT

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

nie podlegały ocenie, ponieważ wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a ich oferty odrzucone.

Zamawiający powiadomił, że oferty konsorcjum AGNEX i KORBUT na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 ustawy zostały odrzucone jako oferty złożone przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu. Przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne: Konsorcjum AGNEX zostało wykluczone na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy, ponieważ nie spełniło warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum AGNEX było wezwane w trybie art.26 ust.3 ustawy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Pomimo, że uzupełniło dokumenty to jednak z datą późniejszą niż data terminu składania ofert. Zbieżną z powyższą argumentacją Zamawiający dokonał odrzucenia oferty KORBUT.

#### Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby Zamawiający zawiadamiając o wyborze najkorzystniejszej oferty dotrzymał wymogów co do treści zawiadomienia określonego w art. 92 ust.1 ustawy, ponieważ jak ustalono powyżej określił decyzję o wykluczeniu odwołującego konsorcjum AGNEX z postępowania i odrzuceniu jego oferty, podał podstawę prawną (art.24 ust.2 pkt 4 i 89 ust.1 pkt 5 ustawy ) oraz okoliczności faktyczne ( wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów) i prawne ( złożenie brakujących dokumentów z datą po terminie składania ofert ze wskazaniem art.26 ust.3 ustawy). Tym samym zarzut co do wadliwości zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty nie został przez Odwołującego wykazany.

#### **Co do zarzutu co do pełnomocnictwa dla Pana Mariusza Kisiela od Pana Piotra Pieszczecka.**

#### Izba ustaliła co następuje

Pismem z dnia 19 lipca 2011r. Zamawiający wezwał na podstawie art.26 ust.3 ustawy odwołującego konsorcjum AGNEX do uzupełnienia pełnomocnictwa ustanawiającego lidera konsorcjum, ponieważ w pełnomocnictwie ustanawiającym lidera konsorcjum ze strony spółki cywilnej Telmax s.c. Mariusz Kisiel, Piotr Pieszczeck widnieje podpis jedynie jednego ze współników to jest Pana Mariusza Kisiela.

Powyższa okoliczność jest bezsporna co wynika z treści oferty str.17 ( pkt 4 Telemax s.c. Mariusz Kisiel, Piotr Pieszczeck reprezentowana przez Mariusza Kisiela-Współwłaściciela) i str. 19 oferty (pod pieczęcią Telemax s.c. podpis czytelny Kisiel).

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

W wykonaniu wezwania do pisma z dnia 25.07.2011r. Odwołujący załączył pełnomocnictwo z datą 20 lipca 2011r. (data składania ofert 12.07.2011r.) w którym Piotr Pieszczek udziela pełnomocnictwa panu Mariuszowi Kisielowi.

Zgodnie z art.865 § 1 Każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki. § 2 Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki. § 3 Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników wykonać czynność nagłą, której zaniechanie mogłoby narazić spółkę na niepowetowane straty. Art.866 W braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw.

Artykuł 65 § 1 k.c. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

#### Izba zważyła co następuje.

Z umowy spółki wynika, że prowadzenie spraw spółki wspólnicy powierzają wszystkim wspólnikom. Do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych i niemajątkowych spółki, reprezentowania jej i składania podpisów w imieniu spółki oraz do zawierania umów upoważniony jest każdy wspólnik samodzielnie, przy czym zobowiązany jest on do uzyskania potwierdzenia dokonanej czynności przez drugiego wspólnika.

Każdy wspólnik jest uprawniony do odbioru oświadczeń pochodzących od osób trzecich, jak również prowadzenia samodzielnie spraw nie przekraczających zakresu zwykłych czynności spółki. Zobowiązania lub wydatki na kwotę ponad 50.000-zł. nie należą do zakresu zwykłych czynności spółki (§ 6 umowy spółki).

Z powyżej cytowanych regulacji zarówno k.c. jak i umowy spółki cywilnej wynika, że jednoosobowa reprezentacja spółki wymaga potwierdzenia przez drugiego wspólnika, a ponadto zobowiązania na kwotę ponad 50.000,00 zł. nie należą do zakresu zwykłych czynności. W przedmiotowej sprawie podpisanie pełnomocnictwa dla konsorcjum rodzi zobowiązanie na kwotę ponad 50 tys. zł., ponieważ oferta złożona opiewa na kwotę 1.697.400zł. Samo udzielenie pełnomocnictwa nie wchodzi w zakres prowadzenia spraw spółki tylko w zakres jej reprezentacji czyli czynności przekraczającej zwykły zakres prowadzenia spraw spółki. Zgodnie z umową spółki pełnomocnictwo wymaga potwierdzenia przez drugiego wspólnika. Natomiast wbrew twierdzeniom odwołującego konsorcjum AGNEX w dniu 20 lipca 2011r. Pan Piotr Pieszczek udzielił pełnomocnictwa Panu Piotrowi Kisielowi, a nie potwierdził udzielenia pełnomocnictwa ( (...) udzielam pełnomocnictwa (...) do reprezentowania i składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy(...)).

Reasumując zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wykluczając z postępowania odwołującego konsorcjum AGNEX z powodu przedłożenia przez niego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 19.07.2011r. pełnomocnictwa do reprezentowania spółki cywilnej od drugiego wspólnika z datą po terminie składania ofert, ponieważ art.26 ust.3 ustawy przewiduje, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków przez wykonawcę nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert.

Tym samym zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

**Co do zarzutu braku aktualnego zaświadczenia z US i ZUS dla wspólników spółki cywilnej Telex s.c. Mariusza Kisiela i Piotra Pieszczecka.**

Izba ustaliła co następuje.

Pismem z dnia 19.07.2011r. Zamawiający w trybie art.26 ust.3 ustawy wezwał Odwołującego konsorcjum AGNEX do uzupełnienia dokumentów przez wspólników, ponieważ do oferty załączono zaświadczenia wystawione na spółkę, a nie na wspólników.

W wykonaniu wezwania wspólnicy spółki cywilnej Telex złożyli zaświadczenia wystawione odrębnie na każdego ze wspólników to jest odrębnie na Mariusza Kisiela i Piotra Pieszczecka. Wystawione zaświadczenia nosiły daty po dacie upływu terminu składania ofert (13.07.2011r. godz.12.00) to jest dnia 21.07.2011r., dnia 22.07.2011r., dnia 25.07.2011r.

Izba zważyła co następuje.

Zarzut nie potwierdził się, obowiązkiem wspólników s.c. jest złożenie odrębnych zaświadczeń dla każdego ze wspólników, ponieważ oni są podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą a nie spółka cywilna, która nie posiada tzw. samodzielnej podmiotowości gospodarczej, a co za tym idzie zdolności sądowej, wekslowej, układowej czy upadłościowej. Bowiern od 1 stycznia 2001r. spółka cywilna utraciła tzw. samodzielną podmiotowość gospodarczą i każdy ze wspólników spółki cywilnej, aby mógł dalej prowadzić działalność gospodarczą był zobowiązany do zaewidencjonowania indywidualnej działalności gospodarczej. Na powyższe wskazuje chociaż okoliczność, że w przedmiotowym

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

postępowaniu zarówno Pan Mariusz Kisiel jak i Pan Piotr Pieszczyk złożyli odrębne wpisy do ewidencji działalności gospodarczej, a nie przedłożyli wpisu do ewidencji działalności gospodarczej spółki cywilnej przez nich zawiązanej. Reasumując w obowiązującym stanie prawnym na dzień dzisiejszy spółka cywilna nie posiada samodzielnej podmiotowości gospodarczej, a jedynie jest stosunkiem zobowiązaniowym. Natomiast obowiązujące prawo np.: gdy spółka cywilna prowadząc wspólne przedsięwzięcie zatrudnia pracowników, obliuguje spółkę cywilną do odprowadzania podatku oraz opłat do organów podatkowych czy ubezpieczeń społecznych. Powyższe nie powoduje, że wspólnicy w takiej sytuacji przestają być odrębnymi podmiotami gospodarczymi zobowiązanymi odrębnie do rozliczeń czy to z organami podatkowymi czy ubezpieczeń społecznych.

Natomiast powyżej opisana sytuacja nakłada na wspólników spółki cywilnej dodatkowy obowiązek w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego przedłożenia dodatkowych zaświadczeń organu podatkowego, ubezpieczeń społecznych potwierdzających niezaleganie z podatkami oraz opłatami w myśl art.24 ust.1 pkt 3 ustawy.

Reasumując zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wykluczając z postępowania odwołującego konsorcjum AGNEX z powodu przedłożenia przez niego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 19.07.2011r. zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień po terminie składania ofert, ponieważ art.26 ust.3 ustawy przewiduje, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków przez wykonawcę nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert. Tym samym zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Co do zarzutu dotyczącego aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego członków Zarządu OPTOLAND S.A.**

#### Izba ustaliła co następuje

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19.07.2011r. odwołujący AGNEX przedłożył aktualną informację z KRK dla Pań Katarzyny Z. i Sylwii K. z datą na dzień 20 lipca 2011r. czyli z datą przypadającą po terminie składania ofert.

Natomiast do odwołania załączono oświadczenia tychże osób wystawione na dzień 11.07.2011r., 14.02.2011r. skierowane do spółki PT OPTOLAND POLSKA S.A. w Warszawie o rezygnacji z funkcji członków zarządu.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

Zgodnie z art.369 § 5 k.s.h. mandat członka zarządu wygasa również wskutek śmierci, rezygnacji albo odwołania go ze składu zarządu.

Reasumując zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wykluczając z postępowania odwołującego konsorcjum AGNEX z powodu przedłożenia przez niego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 19.07.2011r. aktualnych informacji z KRK na dzień po terminie składania ofert, ponieważ art.26 ust.3 ustawy przewiduje, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków przez wykonawcę nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert.

Tym samym zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Co do zarzutu braku wykluczenia Konsorcjum KRAK- MAN,**

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołujący identyfikuje się z zarzutami zawartymi w odwołaniu TELTECH. Izba tych zarzutów nie uznała za wykazane, jak powyżej w wyroku o Sygn. akt KIO 1661/11.

Dodatkowo złożony zarzut odnosi się do listu referencyjnego wystawionego przez MPWiK, który w ocenie odwołującego AGNEX nie jest operatorem telekomunikacyjnym i nie ma prawa wystawiania referencji.

Izba na podstawie zapoznania się z ofertą KRAK-MAN w tym wyjaśnieniu do Listu referencyjnego w dniu 22 lipca 2011r. na wezwanie Zamawiającego, nie stwierdziła nie spełnienia warunków udziału w zakresie braku doświadczenia w serwisowaniu, a zarzuty odwołującego w tym zakresie uznała za nie wykazane.

### **Co do zarzutu braku wykluczenia TELTECH**

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zarzut nie spełniania przez TELTECH warunków udziału w postępowaniu w tym także po jej uzupełnieniu co do braku informacji i referencji potwierdzających wykonanie (dostawę) sieci o parametrach wymaganych przez Zamawiającego nie został wykazany.

Odwołujący bowiem nie przedstawił dowodów, że wykazane zamówienia nie spełniają wymagania zamawiającego, co do ilości włókien (które miały dotyczyć sieci optycznej o ilości włókien co najmniej 12J w zakresie której była dostawa sieci światłowodowej).



Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

Zarzut braku w ofercie dowodu wniesienia wadium jest bezpodstawny, ponieważ odwołujący AGNEX nie wykazał, iż SIWZ nakazuje załączyć do oferty dowód wniesienia wadium. Bowiem obowiązek wniesienia wadium nie oznacza wprost obowiązku przedłożenia do oferty dowodu wniesienia wadium.

Poza tym żądanie wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł wadium na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. powinno poprzedzać wykazanie, że wadium nie zostało wniesione czego nie wykazał na rozprawie odwołujący AGNEX.

Nieskuteczne okazało się również kwestionowanie pełnomocnictwa dla P. Jacka Chojeckiego, które zostało na wezwanie dostarczone w oryginale, a podpis umocowanego na pełnomocnictwie stanowi jedynie dowód jego doręczenia, a nie potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Zamawiający wezwał do przedłożenia pełnomocnictwa z uwagi na nieczytelność podpisów na pełnomocnictwie. Przedłożone na wezwanie pełnomocnictwo zawiera czytelne podpisy (podpisy i pieczęci z nazwiskami osób podpisujących pełnomocnictwa). Odwołujący nie wykazał na rozprawie, że pełnomocnictwo to sporządzone zostało po wezwaniu.

W ocenie Izby zarzuty pod adresem oferty złożonej przez TELTECH nie zostały wykazane przez odwołującego AGNEX.

Reasumując żaden z zarzutów odwołującego AGNEX zarówno pod adresem jego oferty jak i ofert: konsorcjum KRAK-MAN i oferty TELTECH nie zostały udowodnione w toku postępowania odwoławczego. W związku z tym, że odwołujący AGNEX przez to nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy jego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1661/11  
Sygn. akt KIO 1684/11

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania.

Przewodniczący.....

.....

.....