

Sygn. akt: KIO 1358/14

## WYROK

z dnia 15 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 lipca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stargardzka 8, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZARBED Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24 i ROTOMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stabłowicka 134** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Lotnicza 24

przy udziale **wykonawcy Alpine - Energie Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Gdyńska 25** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1358/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stargardzka 8, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZARBED Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24 i ROTOMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stabłowicka 134** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stargardzka 8, Zakład Bezpieczeństwa**

**Ruchu Drogowego ZARBED Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24 i ROTOMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stabłowicka 134** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na bieżące utrzymanie dróg krajowych (BUD) administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2014-2017, z podziałem na zadania zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Lotnicza 24 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 kwietnia 2014r. za numerem 2014/S 068-115924.

W dniu 26 czerwca 2014r. faksem zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania na zadanie 5 tj. o wyborze oferty wykonawcy Alpine – Energie Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Gdyńska 25, na drugim miejscu w rankingu ofert znaleźli się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stargardzka 8, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZARBED Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24 i ROTOMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stabłowicka 134 – dalej odwołujący.

W dniu 3 lipca 2014r. do Prezesa KIO wpłynęło pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch prokurentów ELEKTROTIM SA ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji ELEKTROTIM. ELEKTROTIM działał na podstawie pełnomocnictw:

- z dnia 8 maja 2014r. udzielonego przez Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZARBED SA i podpisanego przez prezesa zarządu i prokurenta ZARBED ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z KRS
- z dnia 8 maja 2014r. udzielonego przez ROTOMAT sp. z o.o. i podpisanego przez prezesa zarządu ujawnionego w załączonym do odwołania odpisie z KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 lipca 2013r.

Odwołujący wniósł odwołanie na dokonanie wyboru i nie wykluczenia oraz nie odrzucenia oferty ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. i zarzucił zamawiającemu

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2, 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez nie odrzucenie ofert niezgodnych z ustawą i treścią SIWZ i niezachowanie zasad uczciwej konkurencji,

- naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- naruszenie art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustęp 1 ustawy przez nie wybranie najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów SIWZ,
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców;
- naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 89 ustawy przez nie odrzucenie oferty i nie wykluczenie wykonawcy, który nie uzupełnił dokumentów mimo wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty z dnia 25.06.2014r.
2. powtórzenie czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu.
3. wykluczenie wykonawcy ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. oraz odrzucenie jego oferty, które jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą i powinny zostać odrzucone przez zamawiającego jako oferty nie spełniającej wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ i ustawie,
4. wybór oferty odwołującego jako spełniającej warunki SIWZ i najkorzystniejszej oferty spośród nie odrzuconych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ.

Wskazał, że jego interes doznał naruszenia przez wybór i nie odrzucenie ofert sprzecznych z ustawą i SIWZ co w związku z nieuzyskaniem zamówienia spowoduje szkodę po stronie odwołującego.

W uzasadnieniu wskazał, że oferta ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. zawiera szereg błędów i jest niezgodna z SIWZ i ustawą oraz nie spełnia wymogów SIWZ oraz ustawy.

Podkreślił, że pismem z dnia 25 kwietnia 2014r. zamawiający zmienił SIWZ i wprowadził Zamienny Kosztorys Ofertowy dla Zadania 5. ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. nie zmieniła kosztorysu. Zamawiający jednoznacznie wskazał w SIWZ w Opisie sposobu przygotowania ofert (ust. 9 str. 13 i nast.) podpunkt 9.15, co nie stanowi o treści oferty i nie skutkuje odrzuceniem oferty. Ponadto zgodnie z ppkt. 9.8 SIWZ oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty powinny być sporządzone zgodnie z wzorami.

(ppkt 9.8. SIWZ: oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty dla których zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w rozdziałach 2 i 3 tomu 1 powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy)

Resumując ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o., zdaniem odwołującego, mimo wiążącej zmiany wprowadzonej przez zamawiającego w SIWZ, nie wypełniła swojego kosztorysu zgodnie ze wzorem, co oznacza, że jej oferta powinna zostać odrzucona.

Kosztorys zamienny zawierał dodatkową pozycję przedmiarową do wyceny, która nie została ujęta w ofercie ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że pozostali oferenci dokonali zmiany żądanej przez zamawiającego, co było niewątpliwie dodatkowym obowiązkiem przetargowym. Natomiast ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o., która w ocenie zamawiającego miała najlepszą ocenę, nie dokonała tej zmiany. Tym samym, według odwołującego, ma miejsce nierówne traktowanie wykonawców. Natomiast zmiany dokonane przez zamawiającego i pozostałych wykonawców w świetle działań zamawiającego nie miałyby sensu. Skoro zamawiający zmienił formularz ofertowy, to musiał mieć cel takiej zmiany - mimo to nie odrzucił oferty ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o., co stanowi, w ocenie odwołującego, rażące naruszenie równego traktowania wykonawców i brak racjonalnego działania zamawiającego. Dodatkowy nakład pracy innych wykonawców (sporządzenie nowego kosztorysu) w oczywisty sposób stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców, nawet przy uznaniu, że oferta ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. jest prawidłowa. Wartość pozycji przedmiarowej nr 2 nie została wyceniona przez ALPINE-ENERGIE.

Nadto podniósł, że pismem z dnia 29 maja 2014r. zamawiający wezwał ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu, który odda wykonawcy zasoby niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia tj.:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakresu i udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W odpowiedzi ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. nie dała nowych dokumentów, które wyjaśniałyby sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu oraz zakresu i udziału tego podmiotu w zamówieniu. Co więcej w świetle oświadczenia ELTODO a.s. (podpisanego nieczytelnie przez nieznaną osobę), według odwołującego, oświadczenie tej firmy nie kreuje żadnych zobowiązań prawnych - tym samym podmiot ten zaprzeczył o mocy prawnej udzielonego wsparcia, co oznacza brak zobowiązania tego podmiotu.

Odwołujący stwierdził, że ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. nie przedstawiła wyjaśnień, co oznacza, że oferta powinna zostać odrzucona. Podkreślił, że referencja napisana jest po polsku przez podmiot czeski (Techniczna administracja dróg st. M. Pragi) na spółkę ELTODO dopravní systémy s.r.o., natomiast oświadczenie i krs jest na spółkę ELTODO a.s.

Oznacza to zdaniem odwołującego, że ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. nie przedstawiła z całą pewnością oświadczenia o przyszłej współpracy przez odpowiedni podmiot oraz nie przedstawiła referencji, albowiem na referencji widnieje inny podmiot niż ten wskazany w oświadczeniu. Jednocześnie odwołujący powołał kilka wyroków KIO, które w jego ocenie jednoznacznie wskazują, że oferta obarczona opisanymi wadami powinna zostać odrzucona tj. wyrok z dnia 25 kwietnia 2014r. sygn. akt KIO 715/14, wyrok z dnia 20 lutego 2014r. sygn. akt KIO 212/14, wyrok z dnia 4 lutego 2014r. sygn. akt KIO 62/14.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że zamawiający na stronie 7 SIWZ w opisie zadania 5 zażądał wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie zakończonych prac. Natomiast w ofercie ALPINE- ENERGIE Polska Sp. z o.o. referencja ELTODO dopravni systemy s.r.o dotyczy zadania, które na dzień wystawienia referencji było niezakończone - list referencyjny z dnia 27.7.2012. str. 17 oferty, co oznacza nie spełnienie przesłanek SIWZ. Odwołujący podniósł, że zamawiający wzywał już ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów, a zatem powinien był odrzucić ofertę ALPINE-ENERGIE Polska Sp. z o.o.

W dniu 4 lipca 2014r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 7 lipca 2014r. drogą elektroniczną do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca ALPINE-ENERGIE Polska sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta w zadaniu 5 została wybrana jako najkorzystniejsza, a ewentualne uwzględnienie odwołania może spowodować unieważnienie dokonanego przez zamawiającego wyboru i wykluczenie wykonawcy, co spowoduje po jego stronie szkodę. Zgłoszenie zostało podpisane podpisem cyfrowym weryfikowanym w dacie ważności certyfikatu złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa substytucyjnego udzielonego przez radcę prawnego Piotra Wujczaka upoważnionego do udzielania dalszych pełnomocnictw i działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 lipca 2014r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 7 lipca 2014r.

W dniu 9 lipca 2014r. przystępujący przestawił swoje pisemne stanowisko wnosząc:

1. o oddalenie odwołania jako bezzasadnego,

2. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę wniosku zawartego w pkt 1, o oddalenie odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy, gdyż hipotetyczne naruszenie przepisów ustawy nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma.

Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom odwołującego dotyczącym braku wypełnienia Zamiennego Kosztorysu Ofertowego dla Zadania 5. Wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego, Zamienny Kosztorys Ofertowy dla Zadania nr 5 wprowadzony przez zamawiającego pismem z dnia 25.04.2014 r. nie zawierał dodatkowej pozycji przedmiarowej do wyceny. Względem pierwotnej treści kosztorysu ofertowego, zmianie uległo nazewnictwo poz. 2 oraz 3. Zamawiający nie wprowadził dodatkowej pozycji przedmiarowej, a jedynie dokonał rozbicia dotychczasowej poz. 3 (obejmującej wszystkie drogi krajowe), wyodrębniając z niej w poz. 2 autostradę A-4 na wskazanym tamże odcinku. Tak więc zamiast dwóch pozycji identycznych treściowo (wypełniana była tylko poz. 3) wprowadzone zostały dwie osobne pozycje, które jednak swym zakresem, według przystępującego, dokładnie pokrywają się z poprzednią poz. 3. Przystępujący wskazał, że dokonana przez zamawiającego zmiana ma charakter techniczny i nie wpływa na cenę, bowiem przystępujący wypełniając pierwotną wersję Kosztorysu Ofertowego w dotychczasowej poz. 3 uwzględnił cenę za utrzymanie, konserwację i nadzór nad oświetleniem i siecią SN na wszystkich drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon Wrocław, a więc również na autostradzie A-4. To znaczy, że kwota z poz. 3 Kosztorysu Ofertowego odpowiada sumie poz. 2 i 3 z Zamiennego Kosztorysu Ofertowego.

Przystępujący wskazał również, że powyższa kwestia była przedmiotem zapytania ze strony zamawiającego skierowanego do Alpine-Energie. Pismo w tej sprawie było datowane na dzień 12 czerwca 2014 r., a więc już po wprowadzeniu zmian do SWIZ, w tym dodaniu Zamiennego Kosztorysu Ofertowego przez zamawiającego. W odpowiedzi, pismem z dnia 16 czerwca 2014 r. Alpine-Energie jednoznacznie wyjaśniła, że poz. 3 złożonego przez nią Kosztorysu Ofertowego obejmuje wszystkie drogi krajowe administrowane przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon Wrocław, tak więc swoim zakresem obejmuje poz. 2 i 3 Zamiennego Kosztorysu Ofertowego. Przystępujący uważa, że nie sposób zatem uznać, jak twierdzi odwołujący, że wartość pozycji przedmiarowej nr 2 nie została wyceniona przez przystępującego. Przystępujący jako dowód powołał pismo zamawiającego z dnia 12 czerwca 2014 r., swoją odpowiedź z 16 czerwca 2014 r. w aktach postępowania przetargowego. Jednocześnie wskazał, iż dostarczył zamawiającemu uzupełniony Zamienny Formularz Ofertowy. Wzór takiego formularza w wersji edytowalnej został pobrany ze strony

internetowej zamawiającego, na której umieszczane były przez zamawiającego wszystkie dokumenty związane z prowadzonym postępowaniem (<http://www.gddkia.gov.pl/pl/62/powyzei-progow-uniinych.status-allp.rok-2014>) wiersz: „Modyfikacja treści SIWZ” - pkt. 5 „Kosztorysy ofertowe zad. 4 i 5 - zamienne -wersja edytowalna”. Do dnia sporządzenia niniejszego pisma, we wskazanym powyżej miejscu znajduje się link, który odsyła do Zamiennego Formularza Ofertowego dla Zadania nr 5, którego poz. 2 i 3 w istocie pozostały niezmienione. Przystępujący kierując się przeświadczeniem o aktualności dokumentów zamieszczonych na stronie zamawiającego, skorzystał z dostępnego tam formularza.

Jako dowód przystępujący załączył zrzuty z ekranu strony internetowej zamawiającego z dnia 7.07.2014 r. z oznaczeniem miejsca, w którym umieszczony został przedmiotowy formularz.

Niezależnie jednak od powyższego przystępujący podkreślił, że wszelkie wątpliwości co do treści Kosztorysu Ofertowego zostały należycie wyjaśnione przez zamawiającego (pisma z dnia 12.06.2014 r. i 16.06.2014 r., o których mowa powyżej), w związku z powyższym twierdzenia odwołującego o niekompletności i nieprawidłowości oferty przystępującego w tym zakresie, są, w ocenie przystępującego, całkowicie chybione.

Zdaniem przystępującego nie zasługują na uznanie także argumenty przedstawione przez odwołującego w pkt 2 i 3 uzasadnienia odwołania bowiem przystępujący należycie wypełnił zobowiązanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu, który odda wykonawcy zasoby niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 29 maja 2014 r., przystępujący w dniu 2 czerwca 2014 r. skierowała do zamawiającego pismo zawierające komplet żądanych dokumentów.

Jako dowód przystępujący powołał pismo z dnia 2.06.2014 wraz z załącznikami - w aktach postępowania przetargowego

Nietrafione jest, zatem w ocenie przystępującego, stanowisko odwołującego jakoby z oświadczenia ELTODO a.s. nie wynikało zobowiązanie do udzielenia wsparcia Alpine-Energie. Odwołujący wybiórczo cytuje jedynie fragment oświadczenia ELTODO, mówiący w istocie o tym, że niniejsze oświadczenie nie jest podstawą powstania między Alpine-Energie a ELTODO jakiegokolwiek stosunku prawnego. Jednocześnie w tym samym zdaniu, co jak się wydaje odwołujący celowo pominął, wyraźnie wskazane jest, że w wypadku wyboru oferty przystępującego, zasady współpracy zostaną uregulowane odrębną umową. Jednocześnie w kolejnym akapicie znajduje się wyraźne i bezwarunkowe oświadczenie ELTODO o udzieleniu wsparcia przystępującego o następującym brzmieniu: *„Działając w imieniu ELTODO a.s. niniejszym oświadczam, iż w przypadku udzielenia Alpine-Energie Polska Sp. z o.o. zamówienia na realizację projektu, ELTODO a.s. udzieli Alpine-Energie Polska Sp. z o.o. wsparcia w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnego*



*do wykonania zamówienia będącego przedmiotem projektu przez okres niezbędny do realizacji Projektu."*

Przystępujący wskazał, że przedłożenie ww. dokumentu wypełnia w całości wymagania art. 26 ust. 2b., który zezwala na: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących 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 wykonaniu zamówienia."

Prawo zamówień publicznych, w ocenie przystępującego, nie wymaga określenia zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby, jak i sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu. Skoro nie jest wymagane wskazanie podstawy prawnej korzystania z tych zasobów, to i nie może powstawać w efekcie potrzeba określania charakteru udziału tegoż przy wykonywaniu zamówienia publicznego, czy też sposobu korzystania z tychże zasobów.

Poleganie przez wykonawcę na zasobach innego podmiotu to zarówno dysponowanie w chwili składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zasobami innych podmiotów, jak i sytuacja, w której wykonawca będzie w przyszłości dysponował takimi zasobami, przy czym na dzień składania wniosku lub ofert istnieje odpowiednie zobowiązanie innego podmiotu względem wykonawcy. Pogląd podzieliła KIO w wyroku z dnia 29 lipca 2010 r., KIO/486/10.

Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia. W praktyce wykonawcy posługują się dla wykazania dysponowania potencjałem innego podmiotu oświadczeniami tych podmiotów zawierającymi odpowiednie zobowiązanie, (tak Małgorzata Stachowiak w Komentarzu do art.26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, autorstwa Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.; WKP 2012).

Odnośnie twierdzeń odwołującego kwestionujących prawidłowość dostarczonych przez przystępującego referencji ELTODO a.s., przystępujący wskazał, że ELTODO a.s. jest następcą prawnym ELTODO dopravni systemy s.r.o. powstałym na skutek połączenia ELTODO dopravni systemy s.r.o. z ELTODO a.s. Wpis dokonanej fuzji do czeskiego

rejestr przedsiębiorców nastąpił 30 kwietnia 2014 r. W związku z powyższym, w pełni prawidłowe jest posługiwanie się przez ELTODO a.s. referencjami wystawionymi przez Techniczną Administrację Dróg m.st. Pragi na rzecz swojego poprzednika prawnego ELTODO dopravni systemy s.r.o.

Jako dowód przystępujący powołał wydruk z czeskiego rejestru przedsiębiorców dla ELTODO a.s.

Nie zgodził się z argumentami Odwołującego przedstawionymi w pkt 3 uzasadnienia odwołania dotyczącymi referencji od rzekomo niezakończonych prac. Zgodnie z brzmieniem pkt 7 siwz wykonawca powinien wykazać wykonanie konserwacji sygnalizacji świetlnej przez okres minimum 12 miesięcy. Z referencji z dnia 27.7.2012 r. jednoznacznie wynika, że drugi etap realizacji przedsięwzięcia pod nazwą „Konserwacja, naprawy i dostawa urządzeń do sterowania ruchem w stołecznym mieście Praga” polegający na konserwacji trwał od 1.06.2011 r. do 1.06.2012 r. (12 miesięcy). Z takiego sformułowania wprost wynika, że ten okres został zakończony. Dopisek o kontynuacji konserwacji nie wskazuje na jakiej podstawie dokonywana jest dalsza konserwacja (dalsza konserwacja może być np. wykonywana na podstawie odrębnej umowy) i nie powinien być nadinterpretowany. Przy czym, nawet gdyby uznać, że konserwacja jest kontynuowana na dotychczasowej podstawie, to w niczym nie zmienia to faktu, że ELTODO spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek doświadczenia, bowiem dokonywała konserwacji sygnalizacji świetlnej przez okres 12 pełnych miesięcy. Wykładania tego zapisu siwz prezentowana przez odwołującego byłaby sprzeczna z zasadami uczciwej konkurencji, bowiem automatycznie eliminowałaby z postępowania podmioty, które nie „zakończyły” czynności konserwacyjnych (a wykonują je w sposób ciągły i stały przez wiele lat). Jest to również interpretacja sprzeczna z zasadami logiki -konserwacja jako czynność o charakterze ciągłym nie powinna być ujmowana w ten same ramy interpretacyjne (kryterium: zakończone - niezakończony), co czynności polegające na wykonaniu konkretnego zlecenia.

Przystępujący uważa, że w sposób należyty udzielił zamawiającemu wyjaśnień i przedstawił wymagane przez zamawiającego dokumenty, w szczególności dokumenty potwierdzające zobowiązanie ELTODO a.s. do udzielenia wsparcia w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie nie zachodziły zatem, w ocenie przystępującego przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty przystępującego, a zatem zamawiający prawidłowo wykonał wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, wraz ze zmianami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami i modyfikacjami z dnia 17 i 25 kwietnia 2014r. oferty wykonawcy wybranego, wezwania do uzupełniania do wykonawcy wybranego z dnia 29 maja 2014r., odpowiedzi wykonawcy wybranego z dnia 3 czerwca 2014r. wraz z załącznikami, informacji o wyniku postępowania, odpisu z rejestru ELTODO a.s., wezwania do wyjaśnienia do wykonawcy wybranego z dnia 12 czerwca 2014r. i odpowiedzi wykonawcy udzielonej w dniu 16 czerwca 2014r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że

W ogłoszeniu o zamówieniu publicznym w sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, a także w siwz w rozdziale 7 pkt. 7.2.2. zadanie 5 pkt 1 i 2 oraz w rozdziale 8 pkt. 8.1.2. i 8.2-8.4 zamawiający zawarł wymagania dotyczące warunku posiadania wiedzy i doświadczenia :

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. W celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt. 1.1) i w pkt. 1.2) a) i b) należy wraz z ofertą – pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp - złożyć następujące oświadczenia i dokumenty:

1.1. Wykaz zadań wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych zadań, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a w przypadku usług czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami, o których mowa powyżej są:

1)poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;;

2) w przypadku zamówień na roboty budowlane - inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 1).

3)w przypadku zamówień na usługi – oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 1).

W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego zadania wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów.

2. W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

2.a. Jeżeli Wykonawca Wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

2.b. W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa w pkt. 1.1. budzą wątpliwość Zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, Zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu.

#### Zadanie 5

1) Wykonawca wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zadań w zakresie utrzymania, konserwację sygnalizacji świetlnej na drogach klasy minimum G przez okres minimum 12 miesięcy w ilości min 3 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1 lub 2 zadań łącznie.

2) Wykonawca wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zadań w zakresie utrzymania minimum 170 sztuk

oświetlenia ulicznego na drogach klasy minimum G przez okres minimum 12 miesięcy. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1 lub 2 zadań łącznie.

UWAGA:

-jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia lub Protokołu odbioru robót/usług; -Wykonawcy składający ofertę na kilka Zadań muszą wykazać, że spełniają warunki na każde z Zadań na które składają ofertę.  
-jedno zadanie może potwierdzać spełnienie kilku warunków udziału.

W rozdziale 9 pkt 9.5 zamawiający wskazał, że ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione dokumenty: Kosztorysy ofertowe (formularz 2.1.)

Wraz z ofertą powinny być złożone:

- oświadczenia i dokumenty wymagane postanowieniami pkt. 8 IDW,
- pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ewentualnie umowa o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo. Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnictwo winno być załączone w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii.
- pełnomocnictwo do podpisania oferty (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza) względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, o ile prawo do ich podpisania nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą.
- oryginał gwarancji lub poręczenia, jeśli wadium jest wnoszone w innej formie niż pieniądź.

W załączniku 2.1. kosztorys ofertowy w brzmieniu pierwotnym pierwsze 9 pozycji miało brzmienie:

- 1 D-07.03.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad sygnalizacją ryczałt miesięczny 36 miesięcy
- 2 D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad oświetleniem i siecią SN ryczałt miesięczny 36 miesięcy
- 3 D-07.03.02 Utrzymanie, naprawa, konserwacja i nadzór nad znakami aktywnymi przy drogach krajowych ryczałt miesięczny 36 miesięcy
- 4 D-07.03.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór bateriami słonecznymi ryczałt miesięczny 36 miesięcy
- 5 D-07.07.02 Przegląd konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów (42szt.x1500) ryczałt roczny 3 lata
- 6 D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów (42szt.x800) ryczałt 6-cio miesięczny 6 okresów
- 7 D-07.07.02 Wymiana źródeł światła (żarówki sodowe WLS 150W) z materiału Wykonawcy szt. 60

8 D-07.07.02 Wymiana źródeł światła (żarówki sodowe WLS 250W) z materiału Wykonawcy szt. 30

9 D-07.07.02 Wymiana uszkodzonych opraw oświetleniowych z materiału Wykonawcy szt. 18

W dniu 17 kwietnia 2014r. zamawiający przekazał wykonawcom kosztorys zamienny dla zadania 5, gdzie pierwszych 9 pozycji miało nadane brzmienie:

1. D-07.03.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad sygnalizacją ryczałt miesięczny 36 miesięcy
2. Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad oświetleniem i siecią SN
3. D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad oświetleniem i siecią SN ryczałt miesięczny 36 miesięcy
4. D-07.03.02 Utrzymanie, naprawa, konserwacja i nadzór nad znakami aktywnymi przy drogach krajowych ryczałt miesięczny 36 miesięcy
5. D-07.03.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór bateriami słonecznymi ryczałt miesięczny 36 miesięcy
6. D-07.07.02 Przegląd konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów na drodze A-4 w km 151+756 - 193+865 (7szt) ryczałt roczny 3 lata
7. D-07.07.02 Przegląd konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów na drodze a-4 w km 112+512 - 151+756 oraz na pozostałych drogach (35szt) ryczałt roczny 3 lata
8. D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów na drodze A-4 w km 151+756-193+965 (7szt) ryczałt 6-cio miesięczny 6 okresów
9. D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów na drodze A-4 w km 112+512-151+756 oraz na pozostałych drogach(35szt) ryczałt 6-cio miesięczny 6 okresów

W dniu 25 kwietnia 2014r. zamawiający przekazał wykonawcom kosztorys zamienny dla zadania 5, gdzie pierwszych 9 pozycji miało nadane brzmienie:

- 1 D-07.03.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad sygnalizacją ryczałt miesięczny 36 miesięcy
- 2 D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad oświetleniem i siecią SN na drodze A-4 w km 151+756 - 193+865 ryczałt miesięczny 36 miesięcy
- 3 D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad oświetleniem i siecią elektryczną na pozostałych drogach ryczałt miesięczny 36 miesięcy
- 4 D-07.03.02 Utrzymanie, naprawa, konserwacja i nadzór nad znakami aktywnymi przy drogach krajowych ryczałt miesięczny 36 miesięcy

5 D-07.03.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór bateriami słonecznymi ryczałt miesięczny 36 miesięcy

6 D-07.07.02 Przegląd konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów na drodze A-4 w km 151+756 - 193+865 (7szt) ryczałt roczny 3 lata

7 D-07.07.02 Przegląd konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów na drodze a-4 w km 112+512 - 151+756 oraz na pozostałych drogach (35szt) ryczałt roczny 3 lata

8 D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów na drodze A-4 w km 151+756-193+965 (7szt) ryczałt 6-cio miesięczny 6 okresów

9 D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja konstrukcji bramownic do znaków zmiennej treści i drogowskazów na drodze A-4 w km 112+512-151+756 oraz na pozostałych drogach(35szt) ryczałt 6-cio miesięczny 6 okresów

Pozostałe pozycje miały swoje odpowiedniki we wszystkich 3 kosztorysach, różniły się jedynie liczbą porządkową.

Wykonawca wybrany na str. 7-9 oferty złożył kosztorys ofertowy według wzoru z dnia 17 kwietnia 2014r. tj. w ramach pozycji utrzymanie, konserwacja i nadzór nad oświetleniem i siecią SN nie wycenił osobno dwóch pozycji:

2 D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad oświetleniem i siecią SN na drodze A-4 w km 151+756 - 193+865 ryczałt miesięczny 36 miesięcy

3 D-07.07.02 Utrzymanie, konserwacja i nadzór nad oświetleniem i siecią elektryczną na pozostałych drogach ryczałt miesięczny 36 miesięcy.

W ofercie wykonawcy wybranego na str. 16 znajduje się wykaz robót, gdzie wskazano jedną pozycję tj. wykonawcę ELTODO, zamawiającego – Techniczna administracja dróg st. M. Pragi, nazwa zadania prowadzenie konserwacji, utrzymania i naprawy urządzeń sygnalizacji świetlnej na 270 skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych oraz konserwacji, utrzymania i naprawy znaków aktywnych w mieście Praga, zakres utrzymanie i konserwacja drogowych sygnalizacji świetlnych na drogach. Droga klasy G szt. 270 w okresie od 1 czerwca 2011 do 1 czerwca 2012.

Na str. 17 znajduje się referencja w języku polskim wystawiona przez Technická správa komunikaci hl. M. Prahy ( w tłumaczeniu: Techniczna administracja dróg st. M. Pragi) na rzecz Eltodo dopravní systémy s.r.o. potwierdzająca należyte wykonanie prowadzenia konserwacji, utrzymania i naprawy urządzeń komunikacji świetlnej na 270 skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych oraz konserwacji, utrzymania i naprawy znaków aktywnych w mieście Praga w terminie realizacji etapu 2 (konserwacja) od 1 czerwca 2011 do 1 czerwca 2012 (i jest kontynuowana).

Na str. 18 znajduje się kopia oświadczenia w zgodzie z art. 26 ust. 2b ustawy prawo zamówień publicznych wystawiona przez ELTODO a.s na rzecz Alpine Energie Polska sp. z o.o.

Na str. 19-22 znajduje się wypis z rejestru handlowego dla ELTODO a.s. z 3.12.2013r., a na str. 24-28 jego tłumaczenie, w którym nie uwidoczniło fuzji ELTODO dopravní systémy z ELTODO a.s.

W dniu 29 maja 2014r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia:

1. Wykazu zadań wykonanych , gdyż ze złożonego przez wykonawcę wybranego na str. 16 oferty wykazu nie wynika wykonanie zadań w zakresie utrzymania oświetlenia ulicznego na drogach klasy min. G,
2. Zobowiązania :
  - 1) Firmy ELTODO a.s. str. 18 – wiedza i doświadczenie,
  - 2) Firmy Instalatorstwo Elektryczne Chyczewski Paweł – str. 34- 36) wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny,  
gdyż zobowiązania te nie zostały złożone w formie oryginału

W dniu 3 czerwca 2014r. wykonawca wybrany uzupełnił żądane dokumenty:

1. Z wykazu wiedzy i doświadczenia wynika, że wykonawca wybrany przedstawił dwa zadania :
  - 1) Wykonane przez ELTODO dla Technicznej Administracji Dróg m. st. Praga – prowadzenie konserwacji, utrzymania i naprawy urządzeń sygnalizacji świetlnej na 270 skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych oraz konserwacji, utrzymania i naprawy znaków aktywnych w mieście Praga- zakres utrzymanie i konserwacja drogowych sygnalizacji świetlnych na drogach. Klasa drogi G szt. 270 w okresie od 1 czerwca 2011 – 1 czerwca 2012
  - 2) Wykonane przez ELTODO dla ELTODO – CITELUM s.r.o. – konserwacja oświetlenia publicznego na obwodnicy Pragi – zakres utrzymanie oświetlenia ulicznego na drogach. Klasa drogi GP szt. 950 w okresie 2004 – 2014.
2. Z referencji (oryginał i tłumaczenie na język polski) wynika, że ELTODO CITELUM potwierdziło należyte wykonanie przez ELTODO a.s. konserwacji oświetlenia publicznego na Obwodnicy Pragi, która jest klasyfikowana jako droga szybkiego ruchu, o aktualnej ilości punktów oświetleniowych 270, czas wykonywania konserwacji 2004-2014,
3. Z zobowiązania ELTODO a.s. dla Alpine – Energie Polska sp. z o.o. wynika wsparcie w zakresie wiedzy i doświadczenia podczas procedury udzielania zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego organizowanego przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu na usługi pod nazwą „Bieżące utrzymanie dróg krajowych



(BUD) administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2014 – 2017”. W zobowiązaniu znajduje się informacja, że niniejsze zobowiązanie nie kreuje zobowiązań prawnych w zakresie Projektu, a w przypadku powierzenia firmie Alpine – Energie Polska sp. z o.o. realizacji Projektu, wszelkie formy współpracy pomiędzy ELTODO a.s., a Alpine- Energie Polska sp. z o.o. w zakresie określonym deklaracją opisaną w tym oświadczeniu, zostaną uregulowane na podstawie umowy określającej szczegółowo zakres oraz wszystkie pozostałe warunki tej współpracy. Oświadczone także, że w przypadku udzielenia Alpine – Energie Polska sp. z o.o. zamówienia na realizację Projektu, ELTODO a.s. udzieli Alpine-Energie Polska sp. z o.o. wsparcia w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia będącego przedmiotem Projektu przez okres niezbędny do realizacji Projektu.

4. Z listu referencyjnego z dnia 27 lipca 2012r. wynika, że Techniczna administracja dróg m. st. Pragi jako zamawiający w imieniu miasta Pragi potwierdza, że spółka ELTODO dopravni systémy s.r.o. zrealizował projekt i zintegrowała w jednej centralnej aplikacji systemu zarządzania ruchem w mieście Pradze projekt pn. Konserwacje, naprawy i dostawa urządzeń do sterowania ruchem w stołecznym mieście Pradze”. Termin realizacji 2 etapu (konserwacja): 01.06.2011- 01.06.2012 (jest kontynuowana).

W dniu 12 czerwca 2014r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia czy miesięczny ryczałt utrzymania, konserwacji i nadzoru nad oświetleniem i siecią SN obejmuje utrzymanie, konserwację i nadzór nad oświetleniem i siecią energetyczną na wszystkich drogach krajowych administrowanych przez Rejon we Wrocławiu.

W dniu 16 czerwca 2014r. przystępujący potwierdził, że w pozycji nr 3 kosztorysu ofertowego zawarty jest miesięczny ryczałt utrzymania, konserwacji i nadzoru nad oświetleniem i siecią SN obejmujący utrzymanie, konserwację i nadzór nad oświetleniem i siecią energetyczną na wszystkich drogach krajowych administrowanych przez Rejon we Wrocławiu

Z rejestru handlowego dla ELTODO a.s. wystawionego w dniu 7 lipca 2014r. wynika, że ELTODO a.s. przejęła w wyniku fuzji ELTODO dopravni systémy s.r.o., która w wyniku tej fuzji znikła bez likwidacji.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zaszła żadna z przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, która skutkowałaby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i jest ona drugą po ofercie przystępującego ofertą złożoną w ramach zadania 5. Odwołania odwołującego zmierza do wyeliminowania oferty przystępującego z postępowania, zatem w przypadku jego uwzględnienia, to odwołujący uzyskałby zamówienie publiczne. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 89 ustawy przez nie odrzucenie oferty i nie wykluczenie wykonawcy, który nie uzupełnił dokumentów mimo wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Z ustaleń stanu faktycznego wynika, że zamawiający wzywał wykonawcę do uzupełnienia w zakresie spornym :

1. Wykazu wykonanych usług o pozycję dotyczącą wiedzy i doświadczenia potwierdzającą wykonanie zadań w zakresie utrzymania oświetlenia ulicznego na drogach klasy min. G oraz
2. Oryginałów zobowiązań podmiotów trzecich.

Zamawiający wbrew stanowisku odwołującego nie wskazywał w wezwaniu, że dotychczas złożone kopie zobowiązań nie spełniają jego wymogów w zakresie obowiązku wskazania sposobu udostępnienia czy zakresu udostępnianych zasobów. To co zacytował odwołujący w odwołaniu w rzeczywistości jest fragmentem cytatu z treści siwz zastosowanym w

wezwanie kompleksowo obejmującym sposób wykazywania się potencjałem innego podmiotu przez wykonawcę. Natomiast dopiero pod tym cytatem zamawiający wskazał, czego tak naprawdę brakuje mu w dokumentach składanych przez przystępującego, w tym konkretnym przypadku zamawiający uważał, że brak mu oryginałów zobowiązań podmiotów trzecich, gdyż przedłożono ich poświadczone za zgodność z oryginałem kserokopie. Tym samym w ocenie Izby nie zaistniała sytuacja faktyczna opisana przez odwołującego w odwołaniu, czyli nie zastosowanie się przez przystępującego do wezwania do uzupełnienia dokumentów. Przystępujący zastosował się bowiem ściśle do wezwania tj. złożył oryginały żądanych przez zamawiającego dokumentów. W tej sytuacji słusznie podnosił przystępujący, że złożył dokumenty wymagane przez zamawiającego. Zamawiający zatem również nie dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 89 ustawy przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z powodu nie uzupełnienia przez niego dokumentów na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Słusznie też zauważył przystępujący, że nie może być podstawą jego wykluczenia okoliczność, że do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnienia w określonym zakresie nie był wzywany. Tym samym zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2, 3 ustawy przez nie odrzucenie ofert niezgodnych z ustawą i treścią SIWZ i niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy poza podaniem podstawy prawnej nie został przez odwołującego skonkretyzowany do jakiegoś stanu faktycznego. Sam odwołujący na rozprawie oświadczył, że nie stwierdził w odniesieniu do oferty przystępującego, że jest ona niezgodna z ustawą. Oceniając zatem ten zarzut Izba stwierdziła, że zarzut w rzeczywistości nie został postawiony, albowiem, żeby zamawiający mógł się dopuścić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy musi istnieć taka okoliczność w ofercie przystępującego, która powoduje, że oferta ta jest niezgodna z ustawą, a zamawiający mimo istnienia tej okoliczności nie dokonał odrzucenia oferty przystępującego. Natomiast w przedmiotowej sprawie odwołujący nie wykazał istnienia takiej okoliczności powodującej niezgodność oferty przystępującego z ustawą.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z zarzutem naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zasługuje na uwzględnienie. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Ustęp 2 art. 3 znk wskazuje przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, którymi są w szczególności: 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 nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Odwołujący czynu nieuczciwej konkurencji upatrywał się w złożeniu przez przystępującego oświadczenia, że poz. 3 kosztorysu objęte są wszystkie drogi administrowane przez zamawiającego w Rejonie Wrocław, oraz braki czytelnych (identyfikowalnych) podpisów pod referencją i zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Niewątpliwie zatem czyny te nie podlegają pod żaden z nazwanych typów czynów nieuczciwej konkurencji. Do obowiązków zatem odwołującego należało wykazanie, że czyny te są :

- a) sprzeczne z prawem lub
- b) dobrymi obyczajami,
- c) i zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Izby odwołujący temu obowiązkowi nie podołał. Przy posługiwaniu się przez przystępującego cudzym zobowiązaniem i cudzą referencją opatrzonymi nieczytelnymi podpisami, to Izba nie stwierdziła naruszenia prawa w takim działaniu, ani obyczaju, który byłby nim naruszony, co więcej z doświadczenia życiowego Izby wynika, że pomiędzy podmiotami pozostającymi ze sobą we współpracy jak przystępujący i podmiot udostępniający zasób (co do zobowiązania), czy podmiot udostępniający zasób i inwestor (co do referencji) stosowane jest używanie podpisów bez pieczęci imiennych czy czytelnych wersji podpisów, gdyż podmioty te wzajemnie się znają i wiedzą od kogo podpis pochodzi. Stąd sam fakt złożenia w taki sposób podpisu nie może być uznany za czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby oczekiwanie, że odwołujący będzie żądał od podmiotu udostępniającego zasoby, że ten udostępni mu dokument referencji podpisany w odpowiedni sposób, jest nie racjonalne, zwłaszcza, że referencje najczęściej wystawiane są po wykonaniu zadania, trudno zatem oczekiwać, że podmiot któremu referencja została wystawiona będzie zawczasu domagał się czytelnego jej podpisania. Co więcej wykonawca, który posługuje się cudzym zasobem nie ma żadnego realnego wpływu na sposób wystawienia referencji innemu podmiotowi. Nadto dodatkowo Izba uważa, że w przypadku referencji można dodatkowo uznać, że doszło do działania osoby upoważnionej, bo skoro mogła posłużyć się pieczęcią firmową inwestora, to tym bardziej mógł składać oświadczenia w imieniu tego inwestora. Zaś co do zobowiązania innego podmiotu, to rzeczywiście dla weryfikowalności takiego oświadczenia byłoby lepiej, gdyby podpis podmiotu trzeciego był

czytelny, jednak przystępujący wraz z tym dokumentem złożył wyciąg z rejestru handlowego podmiotu udostępniającego zasób, zatem nie istniały żadne przeszkody po stronie zamawiającego, aby jeśli powziąłby wątpliwości co do upoważnienia osoby podpisującej zobowiązanie wyjaśnić tę kwestię w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Działanie przystępującego zatem nie zagrażało interesowi zamawiającego, a zatem w ocenie Izby co najmniej ta przesłanka z art. 3 ust. 1 ustawy nie została wypełniona. Co do zastosowania innego kosztorysu ofertowego niż ostatnia wersja tego kosztorysu udostępniona przez zamawiającego, to w ocenie Izby również i to nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie jest to działanie, ani sprzeczne z prawem, ani z obowiązującym obyczajem.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 znk.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy również nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Z kolei ten przepis stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Izba podziela i przyjmuje za własne przytoczone przez odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące zasad uzupełniania pozycji kosztorysowych. Jednak wszystkie cytowane przez odwołującego orzeczenia zapadły w odmiennym stanie faktycznym. Specyfiką przedmiotowej sprawy jest to, że brakująca pozycja kosztorysowa jest elementem składowym szerszej (ogólniejszej) pozycji kosztorysowej, którą wymienił w swoim kosztorysie przystępujący. Co więcej dla wzajemnych rozliczeń pomiędzy stronami ta pozycja kosztorysowa nie ma żadnego znaczenia w sytuacji, gdy umowa realizowana jest bez zmian. Dopiero w przypadku zaistnienia sytuacji opisanej w § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, miałyby ona znaczenie dla wzajemnych rozliczeń stron. Oznacza to, że jej wyodrębnienie lub jego brak w żaden sposób nie rzutuje na treść oferty złożonej na wykonanie zamówienia w sposób opisany w siwz. Potencjalna zmiana umowy jest bowiem jedynie wyjątkiem, który może, a nie musi zaistnieć. W ocenie Izby zamawiający otrzymując wyjaśnienia przystępującego z dnia 16 czerwca 2014r. mógł zweryfikować ich prawdziwość, choćby przez sprawdzenie poziomu cen za utrzymanie, konserwację i nadzór nad oświetleniem i siecią SN na drodze A-4 i utrzymanie, konserwację i nadzór nad oświetleniem i siecią elektryczną na pozostałych drogach w drugiej złożonej ofercie. Ustalając, iż są to ceny zbliżone zamawiający miał prawo dać wiarę złożonym wyjaśnieniom. Zatem zaistniała niezgodność w ofercie przystępującego, jako nie powodująca istotnych zmian w treści oferty, bo nie zmienia się cena będąca kryterium oceny oferty, ani nie zmienia się zakres czy sposób świadczenia zaoferowany przez wykonawcę w zamierzonej przez zamawiającego usłudze. Niezgodność ta może mieć jedynie wpływ na rozliczenia stron w

sytuacji zmiany pierwotnej umowy. W ocenie Izby zatem zamawiający powinien był tę niezgodność usunąć stosując art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ewentualnie poprzedzając tę czynność dodatkowym wyjaśnieniem ze strony przystępującego. Zarzutu naruszenia tego jednak przepisu nie postawił odwołujący, a nadto nawet w przypadku jego postawienia nie miałby on wpływu na wynik postępowania.

Izba na podstawie podanego przez odwołującego stanu faktycznego stwierdziła, że wbrew wskazanej przez odwołującego podstawie prawnej tj. art. 89 ust. 1 pkt 1-3 ustawy odwołujący w rzeczywistości opisał stan faktyczny, którego subsumpcja nakazuje wskazanie jako podstawy prawnej art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy. Odwołujący twierdzi bowiem, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż nie wykazał udostępnienia mu zasobów przez ELTODO a.s. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś art. 24 ust. 4 wskazuje, że ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. Izba zatem dokonała zbadania zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy i uznała go za niezasadny. Odwołujący wskazał, że w zobowiązaniu ELTODO a.s. znajduje się oświadczenie, że niniejsze zobowiązanie nie kreuje zobowiązań prawnych w zakresie Projektu. Jednak jak słusznie podniósł przystępujący w zobowiązaniu tym podmiot udostępniający złożył dwa kolejne oświadczenia tj, że w przypadku powierzenia firmie Alpine – Energie Polska sp. z o.o. realizacji Projektu, wszelkie formy współpracy pomiędzy ELTODO a.s., a Alpine- Energie Polska sp. z o.o. w zakresie określonym deklaracją opisaną w tym oświadczeniu , zostaną uregulowane na podstawie umowy określającej szczegółowo zakres oraz wszystkie pozostałe warunki tej współpracy.

Oświadczone także, że w przypadku udzielenia Alpine – Energie Polska sp. z o.o. zamówienia na realizację Projektu, ELTODO a.s. udzieli Alpine-Energie Polska sp. z o.o. wsparcia w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia będącego przedmiotem Projektu przez okres niezbędny do realizacji Projektu.

W ocenie Izby oświadczenia ta wskazują, że ELTODO a.s. zobowiązało się do udzielenia przystępującemu niezbędnemu wsparcia w zakresie wiedzy i doświadczenia w okresie realizacji umowy pod warunkiem, że przystępujący uzyska zamówienie. W ocenie Izby z art. 26 ust. 2b ustawy nie wykona zakaz dowodzenia udostępnienia zasobów za pomocą warunkowego stosunku prawnego. Wręcz przeciwnie dopuszczalne jest poleganie na zdolnościach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących wykonawcę z innym podmiotem stosunków. Ponadto również art. 26 ust. 2b ustawy stanowi, że wykonawca ma wykazać, że będzie dysponował zasobami, a nie że dysponuje już w dacie składania ofert. W tej sytuacji Izba uznała, że dokument przedłożony przez przystępującego

zamawiający prawidłowo ocenił jako dowodzący, że przystępujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Co do tego, że w ocenie odwołującego dokument ten nie określa w sposób szczegółowy sposobu udostępnienia oraz zakresu udziału innego podmiotu, to Izba ponownie zauważa, że zamawiający wzywał przystępującego jedynie do uzupełnienia oryginału dokumentu, a odwołujący nie podnosił zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu o wykazanie tego sposobu udostępnienia i jego zakresu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tym samym zarzut taki nie mógł być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Co do zarzutu dotyczącego nieuprawnionego posłużenia się referencją wystawioną na podmiot nie będący podmiotem uzupełniającym zasób, to Izba w tym zakresie dała wiarę dowodowi przedstawionemu przez przystępującego, tj., że ELTODO a.s. jest następcą prawny ELTODO dopravni systemy s.r.o. i uznała, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego dopuszczalne było powołanie się przez ELTODO a.s. na doświadczenie zdobyte przez ELTODO dopravni systemy.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego pomimo nie wykazania się przez przystępującego zakończoną umową na konserwację, utrzymanie i nadzór w zakresie oświetlenia, to również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie sposób logicznie przyjąć, że przez użycie przez zamawiającego sformułowania „Wykonawca wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zadań w zakresie utrzymania minimum 170 sztuk oświetlenia ulicznego na drogach klasy minimum G przez okres minimum 12 miesięcy.” należy rozumieć wyłącznie takie roboty, które nie tylko obejmowały 12 miesięcy, ale jeszcze były zakończone. W ocenie Izby rację ma przystępujący wskazując, że takie rozumienie warunku eliminowałoby wykonawców, którzy świadczą usługę powyżej 12 miesięcy, ale nie zakończyli realizacji całego okresu, na jaki zawarta była umowa. W ocenie Izby użyte słowo zakończeniu odnosi się do okresu 12 miesięcy, a nie do umowy. Dodatkowo Izba zauważa, że zamawiający nie posłużył się pojęciem „wykonaniu (zakończeniu) zamówienia, czy umowy”, ale „zadań”, co tym bardziej przemawia na korzyść przystępującego, że pojęcie to nie jest tożsame z czasem wykonywania umowy, ale odnosi się do minimalnego okresu świadczenia usługi. Przystępujący wykazał się takim okresem od 1 czerwca 2011 do 1 czerwca 2012r., co w ocenie Izby uprawniało zamawiającego do uznania, że przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustęp 1 ustawy przez nie wybranie najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów SIWZ i Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców.

Zarzuty nie potwierdziły się. Biorąc pod uwagę, że zarzuty te były konsekwencją oddalonych przez Izbę wcześniejszych zarzutów, to nie uznanie zasadności zarzutów wcześniejszym musiało skutkować nie stwierdzeniem w działaniu zamawiającego naruszenia art. 2 pkt 5, art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania i zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez niego wpis.

**Przewodniczący:** .....