Sygn. akt KIO 2939/12
Sygn. akt KIO 2942/12

WYROK
z dnia 17 stycznia 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2012 r. przez Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. w Warszawie oraz w dniu 31 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gildia Sp. z o.o. w Lublinie, Przedsiębiorstwo Innowacji Technicznych Optronik Sp. z o.o. w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Lubelskie

przy udziale:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gildia Sp. z o.o. w Lublinie, Przedsiębiorstwo Innowacji Technicznych Optronik Sp. z o.o. w Lublinie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2939/12 po stronie odwołującego;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A. w Gliwicach, Fonbud Sp. z o.o. we Wrocławiu, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia UTI SYSTEM S.A. w Bukareszcie, GRUPA UTI Polska Sp. z o.o. w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energopol Południe S.A. w Sosnowcu, RCI Sp. z o.o. w Poznaniu oraz wykonawcy Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2942/12 po stronie zamawiającego;
- Sprint S.A. z siedzibą w Gdańsku zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2942/12 po stronie odwołującego;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KT Corporation w Seongnam-si (Korea), Daewoo International Corporation w Seoul (Korea) WPRT S.A. w

Warszawie, Biatel Telekomunikacja S.A. w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBT Zachód S.A. w Kostrzynie, PBO Anioła S.A. w Kostrzynie, Centrum Elektryczne A…….. B……. i Spółka Jawna w Wieluniu zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2939/12 i KIO 2942/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gildia Sp. z o.o. w Lublinie, Przedsiębiorstwo Innowacji Technicznych Optronik Sp. z o.o. w Lublinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. w Warszawie oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gildia Sp. z o.o. w Lublinie, Przedsiębiorstwo Innowacji Technicznych Optronik Sp. z o.o. w Lublinie 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. 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 Lublinie

Przewodniczący: ……

……..

……

Sygn. akt KIO 2939/12
Sygn. akt KIO 2942/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Lubelskie w Lublinie - prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest realizacja obiektu budowlanego, tj. infrastruktury regionalnej sieci szerokopasmowej w ramach projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo lubelskie", za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami zamawiającego".

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 lipca 2012r., pod numerem 2012/S 138-230408.

20 grudnia 2012r. zamawiający przesłał informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – punktacji otrzymanej przez wykonawców, którzy złożyli wnioski:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KT Corporation w Seongnam-si (Korea), Daewoo International Corporation w Seoul (Korea), WPRT S.A. w Warszawie, Biatel Telekomunikacja S.A. w Warszawie (dalej jako Konsorcjum KT Corporation) – 539,3776 pkt;

- Sprint S.A. w Gdańsku – 79,9108 pkt;

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia UTI SYSTEM S.A. w Bukareszcie, GRUPA UTI Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej jako Konsorcjum UTI) – 12 pkt;

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PBT Zachód S.A. w Kostrzynie, PBO Anioła S.A. w Kostrzynie, Centrum Elektryczne A…….. B……. i Spółka Jawna w Wieluniu (dalej jako Konsorcjum PBT Zachód) – 9,6672 pkt;

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Energopol Południe S.A. w Sosnowcu, RCI Sp. z o.o. w Poznaniu (dalej jako Konsorcjum Energopol Południe) – 6,8435 pkt;

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Gildia Sp. z o.o. w Lublinie, Przedsiębiorstwo Innowacji Technicznych Optronik Sp. z o.o. w Lublinie (dalej jako Konsorcjum Gildia) – 6,0419 pkt;

- Aeronaval Construcciones e Instalaciones S.A. w Krakowie (dalej jako ACISA) – 0 pkt;

- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A. w Gliwicach, Fonbud Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej jako Konsorcjum WASKO) – 0 pkt;

- Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. w Warszawie (dalej jako ORSS) – 0 pkt.

Zamawiający poinformował, że zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu wszyscy wymienieni wykonawcy zostaną zaproszeni do dalszego udziału w postępowaniu oraz, że wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ATM Systemy Informatyczne S.A., BT Poland Sp. z o.o. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

31 grudnia 2012r. ORSS oraz Konsorcjum Gildia wnieśli odwołania. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez ORSS (KIO 2939/12):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania ACISA, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- art. 7 ust. 1 oraz art. 60d ust. 2 i 3 ustawy przez dokonanie wadliwej czynności oceny spełniania przez ACISA warunków udziału w postępowaniu oraz błędne uznanie, że wykonawca ten powinien zostać zaproszony do udziału w dialogu konkurencyjnym;

- art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez dokonanie czynności wezwania wykonawcy ACISA do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu wykonanych usług dodatkowych 5b, która to czynność stanowiła *de facto* niedopuszczalne wezwanie do uzupełnienia ww. wykazu;

- art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania ACISA do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

- art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia

odwołującemu wykazów robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, wykazów wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte ukończenie, pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich złożonych przez Konsorcjum KT Corporation, pomimo, że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- wykluczenie ACISA z postępowania z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

- wezwanie ACISA do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 65 000 000,00 PLN, a w przypadku nie uzupełnienia skutecznie ww. oświadczeń lub dokumentów - dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy ACISA z postępowania;

- z daleko idącej ostrożności, wyłącznie w przypadku uznania, że w istniejących okolicznościach możliwe jest wezwanie wykonawcy ACISA do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwanie ACISA do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie usług oraz warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w przypadku nie uzupełnienia skutecznie ww. oświadczeń lub dokumentów - dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy ACISA z postępowania;

- dokonanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wymienionych w pkt I lit. d) niniejszego odwołania dokumentów złożonych przez Konsorcjum KT Corporation.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że mimo uzupełnienia przez wykonawcę ACISA żądanych przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczeń i dokumentów, nadal nie wykazał on, że spełnia określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Podniósł, że uzupełnienie wykazu 5b oceniać należy jako sprzeczne zarówno z treścią wezwania

zamawiającego jak i postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu. W swoim wezwaniu zamawiający nie zażądał bowiem uzupełnienia wykazu 5b, a jedynie wyjaśnień jego treści w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający jasno i wyraźnie zastrzegł, że wykaz 5b nie podlega uzupełnieniu. Wskazał, że w zakresie usług można i należy brać pod uwagę uzupełniony wykaz wykonanych usług 5a oraz wykaz wykonanych usług dodatkowych 5b złożony wraz z wnioskiem. Co do uzupełnionego wykazu 5a, to wskazano w nim 8 usług, przy czym za usługi potwierdzające spełnianie ww. warunku uznać można wyłącznie usługi opisane w poz. od 2 do 6 oraz 8, które nie dają w sumie wymaganej długości minimum 300 km kanalizacji kablowej z przeznaczeniem dla sieci telekomunikacyjnych lub linii kablowych telekomunikacyjnych, lecz jedynie 271,6 km.

Podniósł, że jeżeli nawet do liczby kilometrów wynikającej z wykazu 5a (271,6 km) doliczyć liczbę kilometrów wynikającą z niepokrywających się oraz niezakwestionowanych powyżej pozycji pierwotnego wykazu 5b, to tak obliczona suma nadal nie daje wymaganej długości minimum 300 km.

Odwołujący zarzucił, że z wykazu osób uzupełnionego przez ACISA powinno wynikać, czy wykonawca dysponował p. F……. P……. w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków. Tymczasem wykaz nie zawiera żadnych informacji w tym zakresie, w szczególności nie wskazano w nim od kiedy p. F……. P…….. jest pracownikiem wykonawcy ACISA i czy był nim w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków. Ze względu na powyższe uznać trzeba, że wykonawca ACISA nie uzupełnił skutecznie wykazu osób, bowiem złożony na wezwanie Zamawiającego wykaz osób nie potwierdza spełnianie przez wykonawcę ACISA warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków.

Odwołujący zarzucił również, że załączona do wniosku informacja z banku „Espanol de Credit S.A." nie potwierdzała spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wykonawca ACISA złożył dokumenty potwierdzające spełnianie ww. warunku bez wezwania zamawiającego, dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Z tych względów nie sposób uznać, że nastąpiło bezwzględnie wymagane przepisami ustawy wezwanie wykonawcy ACISA do uzupełnienia.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum KT ocenił, że zachodzi bardzo duże prawdopodobieństwo, że zdecydowana większość projektów tj. robót budowlanych oraz usług opisanych w wykazach, zostało zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych, a nie prywatnych. Co więcej, można z bardzo dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, że większość tych projektów (robót budowlanych oraz usług) zostało zamówionych z zachowaniem przepisów o

zamówieniach publicznych, a zatem informacje na ich temat są jawne, zarówno w Unii Europejskiej jak i w większości państw świata. Tym samym wykonawca KT Corporation w złożonych wykazach wykonanych robót budowlanych oraz usług musi powoływać się na doświadczenie nabyte również w realizacji zamówień na rzecz podmiotów publicznych. Do takiego wniosku prowadzi choćby analiza wykazów składanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia, w których opisane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu roboty budowlane oraz usługi stanowią w zdecydowanej większości „projekty publiczne". Wywiódł, że nie sposób uznać, aby informacje dotyczące robót budowlanych czy usług wykonanych na rzecz podmiotów publicznych mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje takie, obejmujące nazwę zamawiającego, na rzecz którego wykonawca wykonał projekty, dostawy lub usługi, ich przedmiot, termin realizacji oraz cenę, nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie. *Odwołujący podkreślił, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał.*

Konsorcjum Gildia przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, po stronie zamawiającego przystąpienia zgłosiły Konsorcjum KT Corporation i Konsorcjum PBT Zachód. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wnieśli o odpowiednio o uwzględnienie i o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu odniósł się do zarzutów odwołania. Wskazał nadto na brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania oraz na fakt, że niekwestionowana przez odwołującego usługa zrealizowana na rzecz Urzędu Miasta Igualada umożliwiła uznanie, że ACISA wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Gildia (sygn. akt KIO 2942/12):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 60d ust. 2 Pzp przez zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym wykonawcy, który nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wykazów wykonanych

robót oraz wykazów wykonanych usług, załączonych do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców: Konsorcjum WASKO oraz Konsorcjum KT Corporation, które to dokumenty nie mają charakteru uzasadniającego uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą ochronie jako niejawne;

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 i art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum KT Corporation do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie braku przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy złożone wraz z wnioskiem nie potwierdzają tych okoliczności;
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ORSS do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy złożone wraz z wnioskiem nie potwierdzają, że wykonawcy ci spełniają warunki;
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Aemoval de Constricciones e Instalaciones, SAU;
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Konsorcjum PBT Zachód S.A;
7. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Konsorcjum UTI;
8. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1, w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Konsorcjum Energopol Południe oraz z ostrożności procesowej:
9. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - konsorcjum ATM Systemy Informatyczne S.A., BT Poland Sp. z o.o., z uwzględnieniem wszystkich przesłanek wykluczenia;
10. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. art. 96 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum WASKO w przypadku gdyby nie wyraził zgodny na odtajnienie dokumentów, które zgodnie z wymogami postępowania nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego, unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokonanie ponownej czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy prawidłowym zastosowaniu sposobu oceny spełniania warunków udziału

w postępowaniu oraz o wykluczenie wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku przesłanek uzasadniających ich wykluczenie z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że:

Ad. 1. Odwołujący podniósł, że zamawiający skierował informację o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu do Aeronaval de Construcciones e Instaciones S.A. z siedzibą w Krakowie. Tymczasem podmiot taki nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawcą, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu jest Aeronaval de Construcciones e Instaciones SAU, Bahia de Pollensa 13, Madryt, Hiszpania. Siedzibę w Krakowie posiada Aeronaval de Construcciones e Instalaciones Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, który nie ma statusu samodzielnego wykonawcy z postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak zdolności prawnej;

Ad. 2. Powołując się na orzecznictwo Izby oraz Sądu Najwyższego odwołujący wywodził, że wykazy wykonanych robót budowlanych i usług zastrzeżone przez Konsorcjum KT Corporation oraz Konsorcjum WASKO nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Ad. 3. Odwołujący zarzucił, że zaświadczenie o niekaralności, przedłożone dla członka zarządu KT Corporation p. Eung Han Kim, nie potwierdza w sposób jednoznaczny braku przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, w kontekście treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp;

Ad. 4. Na podstawie analizy pełnomocnictwa udzielonego Panu S……. P…… odwołujący uznał, że z pełnomocnictwa wynika fakt zawarcia umowy zlecenia pomiędzy pełnomocnikiem a mocodawcą. Stwierdził, że pełnomocnika będącego osobą fizyczną należy traktować jako osobę spełniającą przesłanki wskazane w art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, tj. osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia i podlegającą obowiązkowo ubezpieczeniu emerytalnemu i rentowemu. Tym samym, zgodnie z art. 43 tej ustawy, wykonawca winien zgłosić się jako płatnik składek do ZUS w terminie 7 dni od daty powstania stosunku prawnego uzasadniającego objęcie ubezpieczeniem emerytalnym rentowym oraz winien opłacić za pełnomocnika należne składki na ubezpieczenia społeczne. Podniósł, że zgodnie z przepisami Pzp i aktów wykonawczych do tej ustawy, zaświadczenie z ZUS załączone przez wykonawcę do wniosku powinno być aktualne tj. odzwierciedlające rzeczywisty stan.

Z uwagi na wprowadzony przepisami obowiązek zgłoszenia wykonawcy do ZUS jako płatnika w terminie 7 dni od daty powstania stosunku prawnego uzasadniającego objęcie ubezpieczeniem emerytalnym i rentowym pierwszej zatrudnionej osoby, wykonawca jest aktualnie podmiotem zobowiązanym do opłacania składek. Ze względu przywołane wyżej okoliczności Zamawiający winien wezwać ORSS do uzupełnienia zaświadczenia z ZUS odzwierciedlającego aktualny stan prawny i faktyczny;

Ad. 5. ACISA powołuje się na zasoby udostępnione przez podmiot trzeci, tj. Idiom Ingeniería y Consultoria S.A. w zakresie osób dedykowanych do realizacji zamówienia. Tymczasem w `wykazie osób oświadcza, iż osoby te zatrudnione są w spółce Idiom Ingeniería y Sistemas S.A. Tym samym oświadczenie o udostępnieniu zasobów złożone przez Idiom Ingeniería y Consultoria S.A. jest bezskuteczne, gdyż tylko Idiom Ingeniería y Sistemas S.A. uprawniona była do podpisania pisemnego zobowiązania o udostępnieniu swoich zasobów pracowniczych ACISA. Takie zobowiązanie nie zostało przez wykonawcę przedłożone wraz z wnioskiem, jak również na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

Odwołujący wskazał też na wadliwość oświadczenia ACISA dotyczącego potwierdzenia posiadania przez osoby dedykowane do wykonania zamówienia wymaganych uprawnień. Oświadczył, że zamawiający żądał, by osoby wskazane przez wykonawcę, uczestniczące w realizacji zamówienia, posiadały uprawnienia budowlane w określonej specjalności budowlanej lub uprawnienia im odpowiadające. Tymczasem w wykazie osób dedykowanych do wykonania zamówienia w pozycjach dotyczących osób nie będących obywatelami polskimi brak jest jednoznacznego potwierdzenia posiadania przez te osoby uprawnień żądanych przez zamawiającego. Potwierdzenie takie nie znajduje się również w treści oświadczenia. Odwołujący podniósł, że obywatele państwa obcych zamierzający świadczyć usługi transgraniczne mogą wykonywać na terytorium Polski swój zawód, o ile ich kwalifikacje zostały uznane w Polsce, bądź jeżeli uzyskali tymczasowy wpis na listę członków izby samorządu zawodowego - co wynika z przepisów ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, a okoliczności te nie zostały wykazane przez ACISA w treści dokumentów złożonych wraz z wnioskiem;

Ad. 6 Odwołujący podniósł, że w treści zobowiązań podmiotów trzecich o udostępnieniu zasobów na rzecz Konsorcjum PBT Zachód nie zostało określone, na jakiej podstawie prawnej udostępnienie ma nastąpić. W wyniku wezwania przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, konsorcjum uzupełniło zobowiązania Geomar S.A. i BP Probitel Sp.

z o.o. Z treści uzupełnionych zobowiązań wynika, iż udostępnienie potencjału nastąpi w oparciu o umowę. Zasadne jest zatem uznanie, iż podmioty udostępniające zasoby, będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, by „przekazać" w ten sposób swoją wiedzę i doświadczenie wykonawcy. Stanowisko takie jest uzasadnione charakterem potencjału, jakim jest wiedza i doświadczenie. Odwołujący zarzucił, że wykonawca nie wykazał jednakże w jakiej formie i w oparciu o jaką podstawę prawną nastąpi udostępnienie zasobów przez pozostałe dwa podmioty: HFC Systems Sp. z o.o. oraz PBTEL ApS;

Ad. 7. Odwołujący zarzucił, że wykonawca Konsorcjum UTI nie potwierdził należytego wykonania prac budowlanych dotyczących budowy kanalizacji kablowej lub linii kablowych o długości pow. 500 km. Wskazał, iż referencje załączone na stronach 25-32 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu potwierdzają wykonanie zamówienia przez inne podmioty niż wykonawca. Zarzucił, że r*eferencje załączone na stronach 33-34 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie są adekwatne do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż dotyczą wykonania robót, które nie zostały zakończone. Odwołujący podniósł, że r*eferencje załączone na stronach 39 - 42 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie potwierdzają wykonania budowy kanalizacji kablowej lub linii kablowej telekomunikacyjnej, tj. warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III.2.3) ppkt 2a) ogłoszenia o zamówieniu. Podniósł również zarzuty wobec referencji przedłożonych na stronach 36-38 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz na stronach 39-44 wniosku;

Ad. 8. Odwołujący wskazał, że zaświadczenie z ZUS dla członka Konsorcjum Energopol Południe – RCI Sp. z o.o., złożone na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wystawione zostało w dniu 28 listopada 2012 r. i potwierdza, iż na dzień 5 września 2012 r. spółka RCI Sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne oraz Funduszu Pracy Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Analizowany dokument został wystawiony przez ZUS w dniu 28 listopada 2012 r., tj. po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i potwierdza niezaleganie w opłacaniu składek na dzień 5 września 2012 r., czyli przed dniem składania wniosków, które miało miejsce dnia 7 września 2012.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Energopol Południe, na potwierdzenie warunku posiadania środków finansowych lub dysponowania zdolnością kredytową złożyło opinię banku PEKAO S.A. wskazującą na zdolność kredytową posiadaną przez lidera konsorcjum Energopol Południe S.A. w kwocie do 50.000.000,00 PLN. Z treści tej opinii wynika, iż została ona wystawiona dla potrzeb ubiegania się przez tą spółkę o udzielenie zamówienia

na budowę linii 400kV Bydgoszcz Zachód-Piła Krzewina. Odwołujący uznał, że wskazanie w treści opinii bankowej nazwy postępowania, na użytek którego składana jest opinia, nic stanowi oceny zdolności kredytowej w ogólności, lecz określa zdolność kredytową związaną z konkretnym zamówieniem publicznym oraz spodziewanym finansowaniem związanym z realizacją danej (konkretnej) umowy. Brak jest podstaw, by opinię tą można byłoby uznać za adekwatną w niniejszym postępowaniu i brać pod uwagę podczas oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że kolejne dwie opinie wystawione dla spółki Energopol Południe S.A. przez inne banki, w różnych datach, są odrębnymi dokumentami potwierdzającymi kwotę zdolności kredytowej w oderwaniu od siebie, bez uwzględnienia możliwości zaciągnięcia kredytu w innym banku. Oznacza to, że treść tych dwóch opinii bankowych nie powinna być analizowana łącznie i sumowana w zakresie podanych w niej kwot zdolności kredytowej;

Ad. 9. Odnosząc się do podniesionego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1, w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - konsorcjum ATM-BT, z uwzględnieniem wszystkich przesłanek wykluczenia odwołujący mimo objęcia przez tego wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa części dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał na podstawy uprawdopodobniające dodatkowe podstawy wykluczenia;

Ad. 10. Odwołujący podniósł, że z udostępnionych mu dokumentów Konsorcjum WASKO wynika, że roboty, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w rzeczywistości tego nie potwierdzają, ponieważ dotyczą usługi wciągnięcia kabla, a nie budowy zgodnie z wymogami ogłoszenia. Zachodzi w związku z tym uzasadniona obawa, że Konsorcjum nie dysponuje odpowiednim doświadczeniem kwalifikującym go do udziału w postępowaniu. Odwołujący oświadczył, że nie może potwierdzić powyższego ze względu na zaniechanie odtajnienia dokumentów przez zamawiającego. W związku z powyższym w przypadku odmowy odtajnienia dokumentów przez złożonych przez konsorcjum odwołujący żądał wykluczenia ww. wykonawcy, jako niespełniającego warunków postępowania.

Sprint S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, po stronie zamawiającego przystąpienia zgłosiły Konsorcjum KT, Konsorcjum PBT Zachód, Konsorcjum WASKO, Konsorcjum UTI, ORSS oraz Konsorcjum Energopol Południe. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wnieśli o odpowiednio o uwzględnienie i o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu odniósł się do zarzutów odwołania. Wskazał na brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Odwołujący ORSS cofnął zarzut wobec braku wykazania przez ACISA warunku dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia oraz znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Odwołujące się Konsorcjum Gildia cofnęło zarzuty 3 i 9.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez ORSS (KIO 2939/12):

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, ze odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył wniosek i ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący może ponieść szkodę. Nie można wykluczyć sytuacji w której ofertę złoży wykonawca, który winien podlegać wykluczeniu, a oferta ta zostanie uznana za najkorzystniejszą kosztem oferty odwołującego. Oczywistym jest też, że nie udostępnienie dokumentów konkurentów odwołującego może doprowadzić do takiego samego rezultatu, gdy dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w istocie nie potwierdzają spełniania wymagań zamawiającego. Te okoliczności w wystarczającym stopniu uzasadniają rozpoznanie zarzutów odwołania co do istoty.

Izba rozpoznała zatem podniesione zarzuty, jednak uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt II.2.3 p*pkt 2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia i wykażą się: (..)b) wykonaniem w okresie ostatnich trzech iat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie) zamówienia polegającego na zaprojektowaniu (tj. wykonaniu projektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego lub dokumentacji projektowej na podstawie której dokonano zgłoszenia zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, do którego właściwy organ nie zgłosił sprzeciwu) kanalizacji kablowej z przeznaczeniem dla sieci telekomunikacyjnych lub Unii kablowych telekomunikacyjnych; o łącznej długości minimum 300 km, nie wliczając w to instalacji wewnątrzbudynkowych, w tym co najmniej dla jednej inwestycji obejmującej budowę kanalizacji kablowej z przeznaczeniem dla sieci telekomunikacyjnych lub linii kablowych telekomunikacyjnych o długości minimum 50 km. Do łącznej długości zaprojektowanej kanalizacji kablowej lub linii kablowych telekomunikacyjnych zaliczyć można długości kanalizacji kablowej z przeznaczeniem dla sieci telekomunikacyjnych lub Unii kablowych telekomunikacyjnych budowanych w formie przyłącza na łączną długość nieprzekraczającą 100 km.*

W celu wykazania spełniania ww. warunku wykonawcy obowiązani byli złożyć m.in. wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (według wzoru stanowiącego załącznik nr 5a do ogłoszenia).
Zamawiający wskazał w sekcji IV. 1.2) ogłoszenia, że zaprosi wykonawców, którzy otrzymają najwyższą łączną ocenę w zakresie warunków: posiadanego doświadczenia w budowie kanalizacji kablowej z przeznaczeniem dla sieci telekomunikacyjnych lub linii kablowych telekomunikacyjnych (warunek 1 a) umieszczony w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu) oraz posiadanego doświadczenia w projektowaniu kanalizacji kablowej z przeznaczeniem dla sieci telekomunikacyjnych lub linii kablowych telekomunikacyjnych (warunek 1 b) umieszczony w sekcji III.2.3). Na potrzeby powyższej oceny wykonawcy byli obowiązani złożyć wraz z wnioskiem m.in. wykaz dodatkowych usług (załącznik nr 5b do ogłoszenia) oraz dołączyć dokument potwierdzający, że usługi zostały wykonane i zakończone należycie. Zamawiający podkreślił, że załącznik nr 5b nie podlega uzupełnieniu przez wykonawcę (kopia ogłoszenia w aktach sprawy).

Zamawiający uznał, że ACISA w wykazie usług 5a złożonym wraz z wnioskiem nie wykazał spełniania ww. warunku i pismem z 22 listopada 2012r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi ACISA przedstawił zarówno nowy wykaz wykonanych usług 5a jak i nowy wykaz wykonanych usług dodatkowych 5b. W uzupełnionym wykazie wykonanych usług 5a wykonawca ACISA wskazał zupełnie inne usługi, niż w wykazie złożonym wraz z wnioskiem. Część usług wskazanych w wykazie 5a złożonym wraz z ofertą została umieszczona w wykazie 5b (kopie pism i wykazów w aktach sprawy).

Odwołujący pominął przy konstruowaniu podstawy faktycznej zarzutów odwołania usługi zrealizowanej na rzecz Urzędu Igualada. Zarzut odwołania może być zatem rozpoznany wyłącznie w zakresie, czy podstawą do uznania, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, mogą być usługi wskazane w wykazie 5b służącemu do ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (prekwalifikacji). Drugą kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest, czy przeniesienie - w ramach procedury uzupełniania oświadczeń i dokumentów prowadzonej na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - usługi pierwotnie wskazanej w wykazie 5a do wykazu 5b służącemu prekwalifikacji powoduje utratę prawa do ich uwzględnienia dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym.

Rozstrzygając te kwestie Izba uznała, że dla uznania, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym jest kwestią wtórną, czy dane zamówienia zostało umieszczone w wykazie 5a, czy w wykazie 5b, na podstawie którego zamawiający oceniał stopień spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonywał prekwalifikacji i ustalał tzw. „ranking wykonawców”.

Należy bowiem dostrzec, że w postępowaniach wieloetapowych, w których - po ocenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - zaproszenie do udziału w kolejnych etapach otrzymują wykonawcy, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków, podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest ocena, czy wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym. Dopiero ustalenie, że warunki te są spełnione aktualizuje obowiązek zamawiającego przyporządkowania wykazywanym umowom punktów, od których zależy miejsce w rankingu i możliwość uzyskania zaproszenia do udziału w kolejnych etapach postępowania.

Z tego punktu widzenia obowiązek złożenia wykazów odrębnie dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (5a) i dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (prekwalifikacji) ma dla zamawiającego znaczenie pomocnicze.

Uwzględniając usługę wykonaną na rzecz Urzędu Igualada zamawiający nie naruszył postanowienia ogłoszenia o braku możliwości uzupełnienia wykazu 5b. Zamawiający wyłączył możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do prac od których zależą wyniki prekwalifikacji. Tymczasem omawiana usługa została wskazana z wykazem złożonym wraz z ofertą i trafnie została uwzględniona przez zamawiającego dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie zasługuje na promocję praktyka ACISA polegająca na złożeniu nowego wykazu 5b w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach prekwalifikacji wbrew wymaganiom ogłoszenia. Izba uznała jednak, że naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp byłoby wykluczenie wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy sposób prezentacji danych jest wyłącznie formalnie inny, niż oczekiwany przez zamawiającego. Podobny pogląd został wyrażony w orzecznictwie Izby *(vide: wyroki* Krajowej Izby Odwoławczej z 6 kwietnia 2011r., sygn. KIO 636/11 z 17 stycznia 2012r., sygn. KIO 36/12).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia względy materialne – zdolność do wykonania zamówienia wykazana zamawiającemu w toku postępowania – powinny przeważać nad wymaganiami o wyłącznie formalnym charakterze – w okolicznościach sprawy - przyporządkowaniem usługi do wykazu 5a lub 5b.

Konsorcjum KT Corporation jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie oraz wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte ukończenie. Konsorcjum nie powoływało się na zasoby podmiotów trzecich (kopia wniosku Konsorcjum KT Corporation w aktach sprawy).
Zamawiający pismem z 7 listopada 2012r. zwrócił się do konsorcjum z prośbą o podanie uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia i w odpowiedzi z 12 listopada 2012r. otrzymał szczegółowe wyjaśnienia (kopie pism w aktach sprawy).

W ślad za wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005r. (sygn. akt III CZP 74/05) doktryna i orzecznictwo przyjmują jednolicie, że obowiązkiem zamawiającego,

któremu w toku postępowania zostały złożone informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest zbadanie trafności poczynionych zastrzeżeń. W obrocie utrwaliła się praktyka, że w takiej sytuacji zamawiający występuje do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie podstaw dokonanego zastrzeżenia i dokonuje oceny otrzymanych wyjaśnień pod kątem spełniania przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Obowiązkiem wykonawcy zastrzegającego informacje jest zatem wykazanie zamawiającemu zasadności dokonanych zastrzeżeń. To wykonawca z zastrzeżeń wywodzi skutek w postaci braku możliwości zapoznania się konkurencji z informacjami uznanymi za tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

W postępowaniu odwoławczym rozkład ciężaru dowodu następuje zgodnie z regułą ustaloną w art. 190 ust. 1 Pzp. Skoro jednak zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp Izba może oceniać wyłącznie legalność czynności lub zaniechań zamawiającego, to w odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli wykonawca składał wyjaśnienia uzasadniające dokonanie zastrzeżenia, Izba winna też zbadać, czy zamawiający prawidłowo dokonał ich oceny.

W ramach postępowania odwoławczego powinno zostać ustalone, czy w odniesieniu do zastrzeżonych informacji ziściły się przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba zapoznała się z informacjami zastrzeżonymi przez Konsorcjum KT Corporation jako tajemnica przedsiębiorstwa, udzielonymi wyjaśnieniami z 12 listopada 2012r. i uznała zastrzeżenie za uzasadnione.

Przede wszystkim roboty budowlane i usługi wskazane przez Konsorcjum KT Corporation nie były zawierane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Złożone w wyjaśnieniach informacje o podjęciu działań zmierzających do zachowania poufności umów znalazły uzasadnienie w wyciągach z tych umów złożonych na rozprawie (dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w aktach sprawy).

Izba uznała, że informacje dotyczące tych umów podane zamawiającemu posiadają wartość gospodarczą, która wynika z faktu ich poufności.

Rynek usług telekomunikacyjnych oraz budowy infrastruktury telekomunikacyjnej jest wysoce konkurencyjny. Faktem znanym Izbie z urzędu jest, że postępowania na infrastrukturę regionalnej sieci szerokopasmowej toczą się już co najmniej w kilku województwach. Informacje zastrzeżone chronią zatem – wobec wykorzystania trybów wieloetapowych – możliwość uczestnictwa również w innych postępowaniach oraz interesy biznesowe na wysoce konkurencyjnym rynku.

Zastrzeżenie informacji zapewnia nie tylko ochronę praw wykonawcy w badanym postępowaniu, lecz chroni również rynkową pozycję Konsorcjum KT Corporation.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Gildia (sygn. akt KIO 2942/12):

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, ze odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył wniosek i ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący może ponieść szkodę. Nie można wykluczyć sytuacji w której ofertę złoży wykonawca, który zgodnie ze stanowiskiem odwołującego winien podlegać wykluczeniu, a oferta ta zostanie uznana za najkorzystniejszą kosztem oferty odwołującego.

Oczywistym jest też, że nie udostępnienie dokumentów konkurentów odwołującego może doprowadzić do takiego samego rezultatu, gdy dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w istocie nie potwierdzają spełniania wymagań zamawiającego.

Izba rozpoznała zatem podniesione zarzuty, jednak uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. 1. Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
Zamawiający nie zapraszał wykonawców do udziału w dialogu zgodnie z art. 60d ust. 5 Pzp, lecz poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu. W piśmie tym został wskazany wykonawca Aeronaval de Costructiones e Instalaciones S.A. z siedzibą w Krakowie (pismo z 20 grudnia 2012r. w aktach sprawy).
Izba ustaliła, że w oryginalnych dokumentach hiszpańskich wykonawca wskazywany jest jako Aeronaval de Costructiones e Instalaciones S.A.U. w Madrycie, natomiast z dokumentów złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika, że o udzielenie zamówienia ubiega się wykonawca Aeronaval de Costructiones e Instalaciones S.A. w Madrycie (akt notarialny i tłumaczenie na język polski, w aktach sprawy).
W toku postępowania wykonawca ACISA otrzymywał korespondencję na adres swojego oddziału polskiego mającego siedzibę w Krakowie, wskazanego we wniosku jako adres do korespondencji (korespondencja z zamawiającym, kopie w aktach sprawy).

Zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego dodana w firmie w języku hiszpańskim litera U wskazuje, że ACISA jest jednoosobową spółką akcyjną. Pogląd ten nie został

zaprzeczony przez odwołującego. W obrocie gospodarczym przedsiębiorcę prowadzącego działalność w formie osoby prawnej identyfikuje przede wszystkim firma, a nie adres siedziby. Izba nie miała zatem wątpliwości, co do tożsamości podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia, mając na względzie, że przepisy wielu aktów prawnych przewidują sytuację, w której adres do korespondencji może być inny, niż adres siedziby przedsiębiorcy.

Mimo niedokładności zamawiającego polegającej na pominięciu litery U w firmie wykonawcy i posłużeniu się wyłącznie skrótem S.A. wskazującym na formę prowadzenia działalności, nie doszło do wskazania w informacji o wyniku oceny wniosków wykonawcy, który nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Fakt skierowania informacji o wynikach oceny na adres oddziału nie ma znaczenia dla skuteczności czynności zamawiającego.

Izba podziela wyrażany we wcześniejszym orzecznictwie pogląd, że działania i oświadczenia woli oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, z zastrzeżeniem prawidłowości reprezentacji, wywierają skutki prawne w odniesieniu do tego przedsiębiorcy (*vide:* wyrok KIO z dnia z dnia 27 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 163/09, 164/09). Mimo pewnej samodzielności organizacyjnej oddział pozbawiony jest podmiotowości w stosunkach gospodarczych, a wszelkie czynności dokonywane przez oddział przedsiębiorcy oraz wobec tego oddziału, wywierają skutek prawny bezpośrednio w stosunku do przedsiębiorcy zagranicznego (*vide:* wyrok KIO z dz dnia 8 września 2010 r.. sygn. akt KIO 1820/10 oraz powołany w nim wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 16 stycznia 2008 r., I SA/Op 189/07, opubl. LEX nr 461867 i postanowienie Sądu Najwyższego, Izba Cywilna, z dnia 28 stycznia 2004 r. IV CK 183/03).

ad.2. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Jak Izba ustaliła wcześniej Konsorcjum KT Corporation jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło wykaz robót budowlanych oraz wykaz wykonanych usług. Zarzutem odwołania objęte jest zastrzeżenie przez Konsorcjum WASKO wykazu wykonanych robót budowlanych i wykazu usług.

Zamawiający wystąpił do Konsorcjum KT Corporation i Konsorcjum WASKO pismami z 7 listopada 2012r. o wyjaśnienie podstaw dokonanego zastrzeżenia i otrzymał szczegółowe wyjaśnienia wykonawców zawarte w pismach z 12 listopada 2012r (pisma zamawiającego i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa pisma Konsorcjum KT Corporation i Konsorcjum WASKO, w aktach sprawy).

W odniesieniu do zarzutów wobec zaniechania udostępnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum KT Corporation i Konsorcjum WASKO Izba podtrzymuje pogląd i argumentację zaprezentowane powyżej w odniesieniu do Konsorcjum KT Corporation.

Zastrzeżone przez obu wykonawców wykazy wykonanych robót oraz wykonanych usług stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ad 4. ORSS (dawniej Maribel Investments Sp. z o.o.) złożył zaświadczenia ZUS, zgodnie z którymi nie jest płatnikiem składek na ubezpieczenie społeczne. Wykonawca do działania w swoim imieniu w postępowaniu umocował Pana S…….. P……..., udzielając mu stosownego pełnomocnictwa 28 sierpnia 2012 r. Zakres umocowania pełnomocnika obejmował m.in. reprezentowanie Maribel Investments Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym dokonywanie szeregu czynności z tym związanych np. do opracowania, podpisania, parafowania i złożenia wniosku wraz z załącznikami oraz oferty Maribel Investments Sp. z o.o.(zaświadczenia i pełnomocnictwo, kopie w aktach sprawy).

Izba uznała, że wyrażona przez odwołującego ocena prawna relacji między Panem S……. P…….. a reprezentowanym przez niego wykonawcą Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o., nie prowadzą do wątpliwości, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przede wszystkim Izba zważyła, że dokumentem potwierdzającym fakt nie zalegania przez wykonawcę z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne jest zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów - aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert.

Przepis ten tworzy swego rodzaju fikcję prawną, domniemanie, że dokument wystawiony nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert jest dokumentem aktualnym – prezentuje stan rzeczy zgodny z rzeczywistością. Wynikające z treści zaświadczenia domniemanie braku zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp może zostać obalone. Jeśli zostałoby wykazane w postępowaniu odwoławczym, że wykonawca zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne i nie uzyskał przewidzianego prawem zwolnienia, odroczenia lub rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymania w całości wykonania decyzji właściwego organu, Izba zobligowana byłaby do nakazania zamawiającemu wykluczenie wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem zastosowania trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp.

Ciężar dowodu okoliczności uzasadniających wykluczenie spoczywał w okolicznościach sporu na odwołującym. Izba oceniła, że wątpliwości, co do niezalegania przez ORSS z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne nie zostały dowiedzione.

Zarzut odwołania zasadza się na wyprowadzaniu z treści pełnomocnictwa udzielonego Panu S…….. P…… tezy o rodzaju więzi prawnej łączącej Pana P…… z ORSS i wynikającym z tego założenia obowiązku zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne.

Tymczasem Izba nie jest uprawniona do tego, aby orzekać o istnieniu obowiązku zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne. Kompetencja ta jest przyznana Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych i Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego jako organom pierwszej instancji oraz sądom pracy i ubezpieczeń społecznych jako organom kontroli instancyjnej.

Ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym podlega wyłącznie czynność lub zaniechanie przez zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, nie zaś badanie i ewentualne kształtowanie więzi prawnej łączącej pełnomocnika wykonawcy z jego mandantem i orzekanie w wyniku dokonanej kwalifikacji prawnej tej więzi o obowiązku zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne.

Ad 5. Nie znalazł potwierdzenia zarzut nie wykazania przez ACISA spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W pkt III.2.3.) ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, by wykonawca dysponował osobami, których doświadczenie i kwalifikacje zawodowe szczegółowo opisał. W celu wykazania spełniania tego warunku zamawiający wymagał złożenia oświadczenia i wykazu o treści wymaganej 1 2 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

ACISA wykazał spełnianie wymagań zamawiającego powołując się na zasoby innego podmiotu IDIOM Ingenieria y Consultoria S.A., który zobowiązał się do udziału w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy (str.82-83 wniosku). W wykazie natomiast zostały wskazane osoby jako zasób IDIOM Ingenieria y Sistemas S.A. (poz. 2-8, str. 81.a – 81.c wniosku).

ACISA złożył oświadczenie co do uprawnień wymaganych od osób niezbędnych do wykonania zamówienia o treści wymaganej § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Rozbieżność między oświadczeniem złożonym zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, a treścią wykazu została dostrzeżona przez zamawiającego. Zamawiający pismem z 22

listopada 2012r. wezwał ACISA w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia, który podmiot udostępnił wskazane osoby.
W odpowiedzi ACISA pismem z 27 listopada 2012r. złożył oświadczenie IDIOM Ingenieria y Consultoria S.A. o udostępnieniu osób wskazanych w wykazie w poz. 2-8.
Izba oceniła, że zobowiązanie złożone jako wyjaśnienia udzielane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w sposób wystarczający potwierdza, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła założenia przyjętego przez odwołującego, że dana osoba może być zatrudniona wyłącznie u jednego przedsiębiorcy. Przeciwnie, zarówno przepisy prawa, jak i praktyka życia gospodarczego prowadzą do twierdzeń przeciwnych. Nie budzi wątpliwości możliwość zatrudnienia danej osoby w kilku podmiotach, zwłaszcza jeżeli należą do jednej grupy kapitałowej.

Co do zasady dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu – dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia jest wykaz osób, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Jednak treść tego wykazu winna być czytana łącznie z wyjaśnieniami uzyskanymi w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Wykaz jest oświadczeniem wykonawcy, które podlega badaniu i ocenie w uwzględnieniem okoliczności sprawy, nie zaś w całkowitym od nich oderwaniu.
Z wykazu i z oświadczenia IDIOM Ingenieria y Consultoria S.A. uzyskanego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień jednoznacznie wynika, kto i jakie zasoby udostępnia.
Zamawiający powziął wiedzę, że IDIOM Ingenieria y Consultoria S.A. użyczył swoich zasobów w postaci osób wykonawcy ACISA, a wcześniej zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Możliwości dysponowania zasobami w postaci osób przez ACISA jest zatem niewątpliwa i została wykazana przez wykonawcę. Nie istnieją zatem wątpliwości uzasadniające konieczność uzupełnienia wykazu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba uznała, że brak jest podstaw do kwestionowania wykazania posiadania wymaganych uprawnień przez osoby, które zostaną udostępnione wykonawcy ACISA przez IDIOM Ingenieria y Consultoria S.A. – nawet przy przyjęciu założenia odwołującego, że są obywatelami państwa obcego.
Dostrzec trzeba w pierwszym rzędzie, że przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w odniesieniu do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przewidują możliwość złożenia wykazu osób lub oświadczenia wykonawcy. Treść wykazu zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów ma odnosić się do kwalifikacji, doświadczenia zawodowego i wykształcenia wskazywanych osób. Wykazaniu

posiadania przez te osoby wymaganych uprawnień służy, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, oświadczenie wykonawcy.
Skoro przepis wyraźnie wskazuje, że dla wykazania uprawnień wystarczającym jest oświadczenie wykonawcy, nadmiernym oczekiwaniem odwołującego jest, że uprawnienia te zostaną dodatkowo opisane w wykazie. Nielogicznym byłoby przyjęcie, że ustawodawca nakazał wykazanie tej samej okoliczności, faktu posiadania uprawnień, w dwóch dokumentach: oświadczeniu i wykazie.
Zamawiający nie doprecyzował swoich wymagań stawianych wykazowi i oświadczeniu ponad treść wynikającą z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Żądanie ze strony zamawiającego oświadczeń i dokumentów o innej treści niż wymienione w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu – czego domaga się odwołujący - byłoby zatem bezpodstawne i stanowiłoby naruszenie przez zamawiającego zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymagają stawiania takich samych wymagań wykonawcom polskim oraz mającym siedzibę za granicą RP oraz ocena oświadczeń i dokumentów na podstawie takich samych zasad.

Ad. 6. Zarzut wobec Konsorcjum PBT Zachód nie znalazł potwierdzenia.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wymagał złożenia wykazu robót budowlanych (wykaz 4a), dodatkowego wykazu robót budowlanych (wykaz 4b), wykazu wykonanych usług (wykaz 4b) oraz dodatkowego wykazu wykonanych usług (wykaz 5b). Wykazy dodatkowe służą prekwalifikacji. W pkt IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zastrzegł, że wykazy nr 4b i 5b nie podlegają uzupełnieniu przez wykonawcę.

Konsorcjum w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołało się na potencjał podmiotów Geomar S.A.i Biuro Projektów Probitel Sp. z o.o., natomiast potencjał podmiotów HFC Systems Sp. z o.o. oraz PBTEL Aps. był wskazany w zakresie doświadczenia powołanego w wykazach robót i usług dodatkowych – odpowiednio wykazy nr 4b i 5b (kopie wykazów w aktach sprawy).
Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Konsorcjum PBT Zachód do uzupełnienia zobowiązań Geomar S.A.i Biuro Projektów Probitel Sp. z o.o. W odpowiedzi Konsorcjum złożyło zobowiązania tych podmiotów, w których wskazano, że przekazanie potencjału nastąpi na podstawie umowy (pisma i zobowiązania w aktach sprawy).

Izba uznała, że zamawiający zasadnie nie wezwał Konsorcjum PBT Zachód do uzupełnienia oświadczeń o udostępnieniu zasobów przez HFC Systems Sp. z o.o. oraz PBTEL Aps.
Podmioty te udostępniły swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia na potrzeby prekwalifikacji i brak wezwania do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów w tym zakresie

wynikał z jasno wyrażonego zastrzeżenia dokonanego przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zarzut zaniechania uzupełniania oświadczeń jest całkowicie chybiony.

Izba nie podzieliła wnioskowania odwołującego, że wskazanie umownego udostępnienia zasobów Geomar S.A.i Biuro Projektów Probitel Sp. z o.o. wpływa automatycznie na zobowiązanie tych podmiotów do sposobu do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia.

Nie można pominąć, że w postępowaniach wieloetapowych na etapie oceny wniosków wykonawcom nie są znane szczegółowe wymagania zamawiającego co do sposobu wykonania zamówienia. Wymagania zamawiającego zostaną opisane dopiero w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą otrzymają wykonawcy zaproszeni do składania ofert.

Nadto, skoro art. 26 ust. 2b Pzp stanowi o dysponowaniu przez wykonawcę potencjałem innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, to na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezasadne jest domaganie się wiedzy o szczegółach relacji, które może połączyć podmiot udostępniający i wykonawcę dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. W tym momencie postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego prawnie doniosłe jest wykazanie, że wykonawca będzie udostępnionym potencjałem dysponował jak własnym, nie zaś w jaki sposób potencjał ten będzie wykorzystany przy wykonywaniu zamówienia.

Ad. 7. Zarzuty wobec Konsorcjum UTI nie znalazły potwierdzenia.

Z akt sprawy wynika stan rzeczy zgodny z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, że z przyczyn opisanego w pkt ad. 6 ograniczenia możliwości uzupełnienia dokumentów, zamawiający dla potrzeb prekwalifiakcji nie uwzględnił (posługując się nomenklaturą odwołania – wskazaniem stron wniosku) usług dodatkowych zawartych w wykazie 5 b – referencji załączonych na stronach 25 - 32, 36 - 38 oraz 39 - 44 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz nie uwzględnił w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu realizacji wskazanych w poz. 4-6 wykazu robót budowlanych – wykazu 4b.

Kwestionowana przez odwołującego usługa został wskazana w pkt 1 wykazu wykonanych usług - wykaz nr 5a. Jest to „Umowa na organizację robót publicznych w celu utworzenia miejskiej sieci światłowodowej w Bukareszcie dla systemu telekomunikacji miejskiej „Netcity” z dnia 2.06.2008r. Konsorcjum UTI opisało usługę wskazując długość wykonanej sieci ogółem 600 km.

Odbiorca prac - Generalna Dyrekcja Infrastruktury i Usług Publicznych Dyrekcja Transportu, Dróg i Regulacji Ruchu w Bukareszcie potwierdziła należyte wykonanie zamówienia w dokumencie z 23 sierpnia 2012r. (oryginał str. 33, tłumaczenie str. 34 wniosku w aktach

sprawy). Z treści dokumentu wynika, że na podstawie powołanej umowy UTI Systems S.A. wykonał niezbędne prace w odpowiednim terminie, przy zachowaniu najwyższych standardów jakości wykonania. Odbiorca prac wskazał, że od dnia zawarcia umowy do dnia wystawienia dokumentu UTI Systems S.A. zaprojektował ponad 650 km podziemnej sieci telekomunikacyjnej i wykonał już ponad 600 km robót kanalizacyjnych, podczas gdy zaprojektowana i wykonana sieć ma pod koniec 2012r. osiągnąć przynajmniej 845,6 km. (wykaz 5a i referencja załączone do wniosku Konsorcjum UTI, kopia w aktach sprawy).

Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu w pkt II.3.2) ppkt 2 lit a. ogłoszenia o zamówieniu wymagał wykonania kanalizacji kablowej o długości 500 km.

W granicach zakreślonych zarzutami odwołania spór dotyczy możliwości zaliczenia w poczet doświadczenia wykonawcy prac zrealizowanych na podstawie umowy, która nie została wykonana w całości przed datą składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy czym nie jest sporne, że kwestionowana usługa nie jest usługą o charakterze okresowym lub ciągłym.

Rozstrzygając tę kwestię Izba zważyła, że § 1 ust. 1 pkt 3 *in initio* rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stanowi o możliwości żądania przez zamawiającego wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby przywołany przepis stanowi o możliwości wykazania posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia na podstawie umów, które zostały już należycie wykonane wyłącznie w zakresie dokonanego przez zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu, a zobowiązania wykonawcy przekraczające postawione przez zamawiającego wymagania są jeszcze wykonywane. Nie ogranicza natomiast możliwości wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wyłącznie do umów wykonanych w całości. Warunek udziału w postępowaniu spełni zatem wykonawca, który wykonał umowę w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, a nie wyłącznie taki, który umowę wykonał w całości – w sytuacji, gdy treść jego zobowiązania zawierała jeszcze inne prace lub powinności, niż wymagane w danym postępowaniu.

Wynika to już z literalnego brzmienia omawianej normy prawnej. Wykładnia przeciwna prowadzałaby do odmawiania udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy nabyli niezbędne wiedzę i doświadczenie umożliwiające im wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dalej wykonują wskazaną umowę, lecz w zakresie innym lub przewyższającym wymagania zamawiającego. W sposób oczywisty przeczyłoby celowi regulacji oraz naruszałoby zasady zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp. Sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byłoby odmawianie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy należycie wykonali usługi w wymaganym przez

zamawiającego zakresie i na podstawie tej samej umowy wykonują inne prace lub kolejny etap prac rodzajowo podobnych lub takich samych.

Z dokumentu złożonego przez UTI Systems S.A. wynika jednoznacznie należyte wykonanie usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, którym było wykonanie kanalizacji kablowej o długości 500 km. Fakt, że Konsorcjum UTI realizuje w dalszym ciągu umowę w zakresie przewyższającym opisane wymagania zamawiającego pozostaje bez znaczenia dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut odwołania jest całkowicie chybiony.

Ad. 8. Nie potwierdziły się zarzuty wobec Konsorcjum Energopol Południe.

W pkt III.2.1) ppkt 2 lit.d ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał złożenia aktualnego zaświadczenia wystawionego zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów przez właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dialogu Konsorcjum Energopol Południe nie złożyło wymaganego zaświadczenia. W wyniku wezwania dokonanego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Konsorcjum Energopol Południe złożyło pisemne zaświadczenie z 28 listopada 2012r., które potwierdza, że wykonawca w dniu 5 września 2012r. nie zalegał z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Zaświadczenie nie zostało wystawione na druku składanym zazwyczaj przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zaświadczenie, kopia w aktach sprawy).

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu upływał 7 września 2012r.

Izba podziela pogląd, dobrze już ugruntowany w dotychczasowym orzecznictwie, że data wystawienia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań zamawiającego jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Ustawodawca wymaga, co wynika nie tylko z przywołanego § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ale również z art. 26 ust. 3 *in fine* Pzp, potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej, niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Zatem fakt wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert lub wniosków jest bez znaczenia,

o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później, niż w tym dniu (*vide:* przykładowo*:* wyroki KIO z 12 maja 2009r. sygn. akt KIO/UZP 540/09 oraz z dnia 16 kwietnia 2012r., sygn. akt KIO 632/12).

W konsekwencji dokument uzupełniony przez Konsorcjum Energopol Południe wystawiony po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu odpowiada prawu – potwierdza stan istniejący przed upływem tego terminu. Niezasadne są wątpliwości odwołującego, czy stan ujawniony w zaświadczeniu był aktualny w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków – 7 września 2012r. Zgodnie z art. 47 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, płatnik składek będący osobą prawną przesyła w tym samym terminie deklarację rozliczeniową, imienne raporty miesięczne oraz opłaca składki na ubezpieczenia społeczne za dany miesiąc, nie później niż do 15 dnia następnego miesiąca. Zatem w dniu upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu nie mogła powstać po stronie Konsorcjum Energopol zaległość w zapłacie składek.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do kwestionowania zaświadczenia pod względem formy. Zaświadczenie jest pisemne, wystawione przez właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz opisuje stan rzeczy zgodnie z zakresem działalności Zakładu.

W pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 65.000.000 zł. Dla wykazania spełniania tego warunku w pkt III.2.2) ppkt 2.2. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający żądał złożenia informacji banku lub właściwej spółdzielczej kasy oszczędnościowo rozliczeniowej wystawionych nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Konsorcjum Energopol Południe złożyło wraz wnioskiem opinie: Banku Pekao S.A. I Śląskie Centrum Korporacyjne w Katowicach z 2 lipca 2012r., ING Bank Śląski w Katowicach S.A. Centrum Bakowości Korporacyjnej w Katowicach z 3 lipca 2012r. oraz Deutsche Bank PBC S.A. Centrum Doradztwa dla Firm Katowice z 5 lipca 2012r. wystawione dla lidera konsorcjum oraz opinie wystawione dla podmiotów, które udostępniły swój potencjał (kopie w aktach sprawy).

Nie jest przedmiotem sporu, że z treści opinii czytanych łącznie wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zdolność kredytowa przewyższająca wymagania zamawiającego (łącznie 90.000.000 zł) wynika już z opinii banków wystawionych dla Energopol Południe S.A. Przedmiotem sporu jest przede wszystkim możliwość sumowania zdolności kredytowych.

Izba podziela pogląd wyrażany już wcześniej w orzecznictwie, że dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dopuszczalne jest sumowanie kwot wartości środków pieniężnych lub zdolności kredytowej wykonawcy (*vide:* wyrok Izby z 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1553/10, z 4 października 2012, sygn. akt KIO 2009/12). Odwołujący podnosił wprawdzie, że fakt korzystania z kredytu w jednym banku, ma wpływ na ocenę zdolności kredytowej w innym banku, jednak teza ta pozostała jedynie ogólnym i gołosłownym oświadczeniem, które samo w sobie nie mogło mieć znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła również poglądu odwołującego, że niedopuszczalne jest uwzględnienie opinii PEKAO S.A., której treść odwołuje się do innego postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy bowiem zauważyć, że § 2 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wymaga potwierdzenia zdolności kredytowej wykonawcy, nie zaś zdolności kredytowej na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad. 10. Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie skonkretyzował zarzutu, nie wskazał jakie treści dokumentów mu udostępnionych wskazują osnowę zarzutu. Izba nie podziela stanowiska zawartego w odwołaniu. Sam odwołujący wskazał, że w przypadku odmowy „odtajnienia" dokumentów przez złożonych przez konsorcjum odwołujący żąda wykluczenia wykonawcy, jako niespełniającego warunków postępowania. W tej sytuacji Izba nie tyle badałaby zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ile musiałaby ocenić wszystkie roboty budowlane i usługi wskazane we wniosku przez Konsorcjum. Oznaczałoby to, że Izba nie tyle oceniałaby legalność czynności zamawiającego, ile musiałby jej sama dokonać, co nie mieści się w ramach postępowania odwoławczego i jest *ex lege* niedopuszczalne.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: .....

…….

……..