

**Sygn. akt: KIO 2572/11
KIO 2621/11
KIO 2623/11
KIO 2634/11**

**WYROK
z dnia 22 grudnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Aneta Mlącka
Protokolant: Agata Dziuban

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

- A. w dniu 2 grudnia 2011 r. przez wykonawcę Integrit Sp. z o.o., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6 (sygn. akt KIO 2572/11),
- B. w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawcę KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, ul. Strzelecki 20 (sygn. akt KIO 2621/11),
- C. w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawcę Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 b (sygn. akt KIO 2623/11),
- D. w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WSOP Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306, IT WORKS S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 41 c (sygn. akt: KIO 2634/11)

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże Jana Słowackiego 12-14

przy udziale:

wykonawcy ABPLANALP CONSULTING Sp. z o.o., 02-979 Warszawa, ul. Kostrzyńska 36 zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego z odwołań o sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11, KIO 2634/11 po stronie zamawiającego

wykonawcy Integrit Sp. z o.o., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego z odwołań o sygn. akt: KIO 2634/11 po

stronie zamawiającego oraz z odwołania o sygn. akt: KIO 2623/11 po stronie odwołującego się

wykonawcy Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 12 b zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego z odwołań o sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2634/11 po stronie zamawiającego

wykonawcy Innovation Technology Group S.A., 51-116 Wrocław, ul. Wołowskiej 6 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego z odwołań o sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11 po stronie zamawiającego

wykonawcy ITSUMI S.A., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego z odwołania o sygn. akt: KIO 2634/11 po stronie zamawiającego

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WSOP Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306, IT WORKS S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 41 c zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego z odwołań o sygn. akt: KIO 2621/11, KIO 2623/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala wszystkie odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wnoszących odwołania: Integrit Sp. z o.o., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6, KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, ul. Strzelecki 20, Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 b, WSOP Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306, IT WORKS S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 41 c i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60.000 zł 00 gr.** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: Integrit Sp. z o.o., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6 (KIO 2572/11), KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, ul. Strzelecki 20 (KIO 2621/11), Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 b (KIO 2623/11), WSOP Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306, IT WORKS S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 41 c (KIO 2643/11), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od wykonawców Integrit Sp. z o.o., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6, KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, ul. Strzelecki 20, Gildia Sp. z o.o., 20-135

Lublin, ul. Dworska 15 b, WSOP Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306, IT WORKS S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 41 c na rzecz Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże Jana Słowackiego 12-14 kwotę **1 950 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione z tytułu noclegu pełnomocników, w tym:

2.2.1 kwotę **487 zł 50 gr** (słownie: czterysta osiemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) od wykonawcy Integrit Sp. z o.o., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6

2.2.2 kwotę **487 zł 50 gr** (słownie: czterysta osiemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) od wykonawcy KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, ul. Strzelecki 20

2.2.3 kwotę **487 zł 50 gr** (słownie: czterysta osiemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) od wykonawcy Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 b

2.2.4 kwotę **487 zł 50 gr** (słownie: czterysta osiemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WSOP Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306, IT WORKS S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 41 c

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

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2572/11
KIO 2621/11
KIO 2623/11
KIO 2634/11

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego w trybie przetargu ograniczonego na „*Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku*” (nr postępowania: DU-Z.272.85.2011), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 147-244576, w dniach 2 i 9 grudnia 2011 r., wobec czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania uczestników tego postępowania: Integrit Sp. z o.o., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6 (sygn. akt KIO 2572/11), KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, ul. Strzelecki (sygn. akt KIO 2621/11), Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 b (sygn. akt KIO 2623/11), WSOP Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306, IT WORKS S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 41 c (sygn. akt: KIO 2634/11). Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 29 listopada 2011 r.

I. Sygn. akt KIO 2572/11

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2572/11 odwołujący – Integrit Sp. z o.o., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6 (dalej zwany Integrit) zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzące do naruszenia art. 24 ust; 2 pkt. 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także par. 1 ust. 1 pkt. 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący wniósł o unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego - wykluczenia z postępowania Odwołującego, nakazanie dokonania powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i ponownej kwalifikacji wniosków.

W dniu 29.11.2011 r. Zamawiający poinformował wszystkich Wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Pismo to zawiera informację o odrzuceniu wniosku złożonego przez Odwołującego - Integrit sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Zamawiający uznał bowiem, iż Odwołujący nie wykazał spełniania, na dzień składania wniosków warunków udziału w postępowaniu, określonych przez

Zamawiającego w treści Ogłoszenia o zamówieniu, dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia do wysokości sumy ubezpieczenia nie niższej niż 20.000.000 zł. W celu wykazania ww. warunku Zamawiający nałożył na Wykonawców obowiązek przedłożenia bądź to opłaconej polisy lub też innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie dołączył ww. dokumentów i w dniu 15.11.2011 r. wystąpił z wezwaniem o ich uzupełnienie. W odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca, w określonym przez Zamawiającego terminie przedłożył certyfikat nr 4 wystawiony przez Sopotkie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA SA oraz aneks do polisy ubezpieczeniowej zawarty z firmą ERGO HESTIA. Z dokumentów tych w sposób jednoznaczny wynika, iż na dzień składania wniosków, a nawet w okresie wcześniejszym bo od 01.10.2011 r., Odwołujący był objęty ochroną ubezpieczeniową w zakresie ubezpieczenia OC na określoną przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu kwotę 20.000.000 zł w zakresie prowadzonej działalności. Ustalenia Zamawiającego w tym zakresie są dowolne i spowodowane są błędną interpretacją zapisów ww. aneksu. Zamawiający bowiem przyjął, iż aneks został podpisany w dniu 17 listopada 2011r. Tymczasem data ta, choć faktycznie ujęta w treści aneksu stanowi datę wystawienia tego dokumentu. Przy czym data ta, w ocenie Odwołującego jest bez znaczenia, skoro Odwołujący przedstawił dokumenty potwierdzające, iż na dzień składania wniosków to jest 21.10.2011 r. był objęty ochroną ubezpieczeniową, a to właśnie ta okoliczność ma znaczenie przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy. W celu wykazania ww. okoliczności przedłożył dodatkowo pismo Ubezpieczyciela ERGO HESTIA, z którego w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący był objęty ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do wysokości sumy ubezpieczenia 20.000.000 zł na dzień składania wniosków. Odwołując się do ugruntowanej już linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego dat dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu składanych w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący uznał, iż dokument przedkładany w wyniku wezwania do uzupełnienia, może być opatrzony datą późniejszą, o ile potwierdza spełnianie warunku na dzień składania wniosku. Zamawiający przyjmując, że Odwołujący nie uzupełnił w sposób właściwy dokumentów, naruszył normę art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W niniejszym stanie faktycznym nie ma też znaczenia okoliczność, iż Odwołujący na dzień składania wniosków nie uregulował wszystkich rat składki na ubezpieczenie. Odwołujący opłaca bowiem składki za polisę zgodnie z harmonogramem rat wyznaczonym przez ubezpieczyciela. Podkreślić należy, że nawet jeśli raty składki ubezpieczeniowej przypadające na okres przyszły nie

zostały jeszcze opłacone, to ochrona ubezpieczeniowa w zakresie oznaczonym w polisie istnieje. Dodatkowo w ocenie Odwołującego, złożony przez niego certyfikat nr 4 wraz z aneksem traktować należy jako inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Możliwość wykazania się w takim przypadku innym dokumentem niż opłacona polisa wynika nie tylko z treści ogłoszenia ustalonej przez Zamawiającego, ale też z par. 1 ust. 1 pkt. 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający błędnie zakwalifikował ww. dokument tym samym naruszając ww. normę jak i normę art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe stwierdził, iż na dzień składania wniosków posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego kwotę 20.000.000 zł., co wykazane zostało dokumentami przedłożonymi zarówno w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów jak i do niniejszego odwołania. Tym samym brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego, a Zamawiający dokonując tę czynność naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych, co powinno prowadzić do podważenia zasadności wykluczenia Odwołującego. Przywrócenie w wyniku orzeczenia Izby wniosku Odwołującego wiązać się będzie z koniecznością dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak więc i drugie z żądań niniejszego odwołania ocenić należy za zasadne. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Na skutek bowiem niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego - odrzucenia wniosku Odwołującego, Odwołujący nie może uzyskać dostępu do zamówienia. O zaskarżonej czynności.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wykonawcy: ABPLANALP CONSULTING Sp. z o.o. po stronie zamawiającego (w dniu 7.12.2011 r.), Innovation Technology Group S.A. po stronie zamawiającego (w dniu 8.12.2011r.), Gildia Sp. z o.o. po stronie zamawiającego (w dniu 8.12.2011r.).

II Sygn. akt KIO 2621/11

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2621/11 odwołujący – KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, ul. Strzelecki 20 (dalej zwany KEN) zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzące do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także par. 1 ust. 1 pkt. 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający

od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący wniosk o unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego - wykluczenia z postępowania Odwołującego, nakazanie dokonania powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 29.11.2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania wskazując, iż nie wykazał on spełniania, na dzień składania wniosków warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia do wysokości sumy ubezpieczenia nie niższej niż 20.000.000 zł. Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie dołączył ww. dokumentów i w dniu 15.11.2011 r. wystąpił z wezwaniem o ich uzupełnienie. W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca, w określonym przez Zamawiającego terminie, przedłożył certyfikat nr 1 wystawiony przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA SA oraz aneks do polisy ubezpieczeniowej zawarty z firmą ERGO HESTIA. Z dokumentów tych w sposób jednoznaczny wynika, iż na dzień składania wniosków, Odwołujący był objęty ochroną ubezpieczeniową w zakresie ubezpieczenia OC na określoną przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu kwotę 20.000.000 zł w zakresie prowadzonej działalności. Zamawiający niesłusznie przyjął, iż aneks został podpisany w dniu 17 listopada 2011r. Tymczasem data ta, choć faktycznie ujęta w treści aneksu stanowi datę wystawienia tego dokumentu. W celu rozwiania ewentualnych wątpliwości przedłożył dodatkowo pismo Ubezpieczyciela ERGO HESTIA, z którego w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący był objęty ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do wysokości sumy ubezpieczenia 20.000.000 zł na dzień składania wniosków, tj. 21.X.2011 r. Odwołując się do ugruntowanej już linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego dat dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu składanych w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący uznał, iż dokument przedkładany w wyniku wezwania do uzupełnienia, może być opatrzony datą późniejszą, o ile potwierdza spełnianie warunku na dzień składania wniosku. Zamawiający przyjmując, że Odwołujący nie uzupełnił w sposób właściwy dokumentów, naruszył normę art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe stwierdził, iż na dzień składania wniosków posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego kwotę 20.000.000 zł., co wykazane zostało dokumentami przedłożonymi zarówno w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów jak i do niniejszego odwołania. Tym samym brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego, a Zamawiający dokonując tę czynność naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili w dniu 12.12.2011r. wykonawcy: Innovation Technology Group S.A. po stronie zamawiającego, konsorcjum WSOP Sp. z o.o. i IT WORKS S.A po stronie zamawiającego, ABPLANALP CONSULTING Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, Gildia Sp. z o.o. po stronie zamawiającego,.

III Sygn. akt KIO 2623/11

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2623/11 odwołujący – Gildia Sp. z o.o., zarzucił zamawiającemu nieprawidłową ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokonaną z naruszeniem:

1) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego WEB INN SA oraz WSOP Sp. z o. o., do uzupełnienia dokumentów w związku z wystąpieniem przesłanek określonych w tym przepisie (tj. nie złożeniem wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu),

2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Abplanalp Consulting Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów w związku z wystąpieniem przesłanek określonych w tym przepisie (tj. nie złożeniem wymaganych przez Zamawiającego zaświadczeń z KRK dla dwóch członków zarządu: Pana Henke Jerzy Paweł oraz Pana Biernacki Marek Wiesław, oraz nie złożeniem wymaganej przez Zamawiającego polisy OC, oraz nie złożeniem dokumentu potwierdzającego zdolność kredytową na wymaganym przez Zamawiającego poziomie 20 min złotych, a także nie złożeniem wymaganych dokumentów potwierdzających dostarczenie Sprzętu, który w ramach jednej dostawy był dostarczany do minimum kilku lokalizacji znajdujących się w różnych miejscowościach (dostawy rozproszone), przy czym wartość jednej takiej dostawy nie może być mniejsza niż 5 min złotych brutto),

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Innovation Technology Group S.A., pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (tj. warunku, o którym mowa w pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówienia, bowiem z przedłożonej przez tego wykonawcę polisy OC nie wynika, iż wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a ponadto polisa tego wykonawcy nie została opłacona w całości).

Mając powyższe na uwadze wniósł o: nakazanie powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Innovation Technology Group SA, oraz nakazanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego WEB INN SA

oraz WSOP Sp. z o. o., a także nakazanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy Abplanalp Consulting Sp. z o. o.

Przedstawiony przez WEB wykaz oraz dokumenty załączone do wykazu, jako potwierdzające, że wykonane dostawy zostały wykonane należyście, nie potwierdzają spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu. Jest tak z następujących przyczyn:

1) W poz. 2 wykazu w kolumnie Przedmiot dostawy wskazano „Kompletne wyposażenie hali remontowej w sprzęt, maszyny i środki transportowe”. Odbiorcą dostawy były Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o. o. Podobnie wskazano w załączonej do wykazu referencji wystawionej przez Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o. o., w której potwierdzono zakup kompletnego wyposażenia hali remontowej w sprzęt, maszyny i środki transportowe wraz z posadowieniem, montażem i rozruchem technologicznym maszyn i urządzeń. Tymczasem w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał wykazania się dostawą sprzętu, przez który rozumie, cyt.: „sprzęt lub oprogramowanie o ogólnej funkcjonalności odpowiadającej przedmiotowi zamówienia”. Cech tych nie spełnia dostawa zawarta w pkt 2 wykazu, a co za tym idzie nie może być ona uznana za dostawę potwierdzającą spełnianie warunku, o którym mowa w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu,

2) Co zaś się tyczy poz. 3 wykazu i załączonego do niego protokołu zdawczo-odbiorczego, to stwierdzić należy, iż z dokumentu tego nie wynika, iż wykonawca wykonał dostawę należyście, czego wymagają zarówno postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, jak i przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Oznacza to, iż dostawa zawarta w pkt 3 wykazu nie może być uznana za dostawę potwierdzającą spełnianie warunku, o którym mowa w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, natomiast załączony do wykazu protokół zdawczo-odbiorczy nie może być uznany za dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy,

3) W poz. 4 wykazu w kolumnie Przedmiot dostawy wskazano „Narzędzia i przyrządy do nauki przedmiotów nauczania”. Odbiorcą dostawy był Comp SA. Na potwierdzenie należytego wykonania dostawy do wykazu dołączono referencję wystawioną przez Comp SA. Z referencji tej nie wynika, iż odnosi się ona do dostawy wskazanej w wykazie, oraz że dostawa wskazana w referencji została wykonana należyście. Jest to natomiast referencja, która co najwyżej potwierdza wieloletnią współpracę pomiędzy Comp SA a EO Networks SA. Oznacza to, iż dostawa zawarta w pkt 4 wykazu nie może być uznana za dostawę potwierdzającą spełnianie warunku, o którym mowa w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, natomiast załączona do wykazu referencja nie może być uznana za dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdził, iż z przedłożonych przez WEB dokumentów nie wynika, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, a co za tym idzie powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp, a w braku ich uzupełnienia, wykluczony z postępowania.

2. W odniesieniu do wykonawcy Abplanalp Consulting Sp. z o. o., zwanego dalej „ABP”, Odwołujący przedstawia co następuje:

1) wykonawca ABP nie przedłożył wymaganych przez Zamawiającego zaświadczeń z KRK dla dwóch członków zarządu: Pana Henke Jerzy Paweł oraz Pana Biernacki Marek Wiesław, a co za tym idzie nie wykazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2) przedłożona przez wykonawcę ABP polisa OC nie spełnia wymagań Zamawiającego, o których mowa w pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ nie wynika z niej, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Oznacza to, iż wykonawca ABP nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu,

3) wykonawca ABP nie przedłożył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ przedłożona przez tego wykonawcę opinia bankowa stwierdza zdolność kredytową tego wykonawcy na poziomie 15 min złotych, zamiast wymaganych przez Zamawiającego 20 min złotych. Oznacza to, iż wykonawca ABP nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu,

4) wykonawca ABP nie przedłożył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ złożony przez tego wykonawcę wykaz wraz z załączonymi do niego dokumentami na potwierdzenie wykonania dostaw należycie, nie potwierdzają, iż wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, tj. nie dostarczył Sprzętu, który w ramach jednej dostawy był dostarczany do minimum kilku lokalizacji znajdujących się w różnych miejscowościach (dostawy rozproszone), przy czym wartość jednej takiej dostawy nie może być mniejsza niż 5 min złotych brutto. Oznacza to, iż wykonawca ABP nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdził, iż z przedłożonych przez ABP dokumentów nie wynika, iż wykonawca ten niepodlega wykluczeniu z postępowania oraz nie wynika, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt III.2.2 oraz w pkt III.2.3

ogłoszenia o zamówieniu, a co za tym idzie powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp, a w braku ich uzupełnienia, wykluczony z postępowania.

3. W odniesieniu do wykonawcy Innovation Technology Group SA, zwanego dalej „ITG”, Odwołujący przedstawia co następuje:

Przedłożona przez wykonawcę ITG polisa OC nie spełnia wymagań Zamawiającego, o których mowa w pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ nie wynika z niej, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Braku tego - w ocenie Odwołującego - nie uzupełniono, pomimo uruchomienia procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów. Ponadto dodatkowo należy wskazać, iż polisa tego wykonawcy nie została opłacona w całości, czego wymagał Zamawiający. Oznacza to, iż wykonawca ITG nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu, co w tym przypadku powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Mając powyższe na względzie wnosił jak na wstępie.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili w dniu 12.12.2011r. wykonawcy: konsorcjum WSOP Sp. z o.o. i IT WORKS S.A. po stronie zamawiającego, ABPLANALP CONSULTING Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, Integrit Sp. z o.o. po stronie odwołującego, Innovation Technology Group S.A. po stronie zamawiającego.

IV. Sygn. akt KIO 2634/11

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2634/11 Odwołujący – konsorcjum WSOP Sp. z o.o. i IT WORKS S.A (dalej zwani konsorcjum WSOP) zarzuciło zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GILDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie 20-135, przy ul. Dworskiej 15 B z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu
2. Naruszenie art. 8 ust. 3 pzp poprzez nie odtajnienie wniosku wykonawcy opisanego w pkt 1 w części dotyczącej polisy OC, zobowiązania złożonego w trybie przepisów art. 26 ust. 2b pzp do udzielenia potencjału finansowego, sprawozdania finansowego, wykazu dostaw wraz z dokumentami stanowiącymi dowód na okoliczność, że te dostawy zostały wykonane w sposób należyty - pomimo iż wszystkie te wymienione dokumenty nie zawierają informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

3. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez zawarcie w swoim wniosku przez wykonawcę opisanego w pkt 1 informacji nieprawdziwej mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

4. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ABPLANALP CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-979) przy ul. Kostrzyńskiej 36 z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu

5. Naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4, w szczególności poprzez nieuzasadnione zróżnicowanie sytuacji prawnej wykonawców (zaniechanie wykluczenia wykonawców opisanych poniżej na podstawie kumulatywnie wszystkich podstaw dokonania tej czynności, a przeciwnie dokonanie co prawda wykluczenia ale wybiórczo tylko w oparciu o jedną przyczynę):

- Integrit Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (52-407) przy ul. Mokronoskiej 6
- Dreamtec Solutions S.A. z siedzibą we Wrocławiu (50-224), przy ul. Plac Strzelecki 20
- Dariusz Szumiło prowadzący działalność gospodarczą pod firma DSF Dariusz Szumiło z siedziba we Wrocławiu (51-144) przy ul. Generała Wybickiego 5
- Dreamtec Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (50-224), przy Placu Strzegomskim 20 S
- KEN Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (50-224) przy Placu Strzeleckim 20
- ITSUMI S.A. z siedzibą we Wrocławiu 52-407 przy ul. Mokronoskiej 6

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

1. Unieważnienie czynności oceny wniosków
2. Nakazanie odtajnienia dokumentów nie zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Gildia Sp. z o.o.
3. Nakazanie powtórzenia czynności oceny wniosków, a w szczególności o nakazanie dokonania w toku oceny bezpodstawnie zaniechanych czynności, to jest: wykluczenia wykonawcy opisanego w pkt 1 (Gildia Sp. z o.o.) oraz w pkt 4 ABPLANALP CONSULTING Sp. z o.o., wykluczenia wszystkich wykonawców wymienionych w pkt 5 prawidłowo na podstawie wszystkich zbiegających się podstaw dokonania tej czynności zgodnie z przepisami pzp.

Zaskarżone niniejszym odwołaniem czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego albowiem są niezgodne z prawem i mają wpływ na grono wykonawców, którzy zaproszeni zostaną do złożenia ofert i bezpośrednio będą konkurować cenowo o uzyskanie zamówienia. Zważyć także należy, że kilku wykonawców złożyło swoje

samodzielne odwołania celem przywrócenia się do postępowaniu lub uzyskania większej ilości punktów w ramach oceny ich wniosków. Ergo tak samo w interesie odwołującego jest, aby w przypadku jeżeli nawet zamawiający wykluczył jakiegoś wykonawcę z postępowania, to aby to uczynił prawidłowo, zgodnie z prawem na podstawie wszystkich zbiegających się kumulatywnie przesłanek. W przeciwnym bowiem przypadku wykonawcy ci wnoszący odwołania, gdyby podzielono argument co do nieprawidłowej decyzji zamawiającego w zakresie tylko jednej przesłanki wykluczenia zostaliby przywróceniu, gdy tymczasem pominięte podstawy wykluczenia w sposób jednoznacznie dowodzą, że nie spełniają oni warunków uczestnictwa w postępowaniu. Ergo w trybie przetargu ograniczonego odwołujący swoim interesem obejmuje to aby lista wykonawców mających być zaproszonymi do składania ofert była sporządzona w sposób zgodny z prawem, gdyż tylko ci wykonawcy mogą zgodnie z zasadą równości i uczciwej konkurencji konkurować o uzyskanie przedmiotu zamówienia. Sam już tylko ten fakt, w obecnym stanie faktycznym narusza ekspektatywę odwołującego co do kwestii zgodnego prawem ubiegania się o niniejsze zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

W uzasadnieniu odwołujący kwestionował możliwość uznania za dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej, co miało miejsce w przypadku wykonawcy Gildia Sp. z o.o. Odwołanie się do cudzej zdolności nastąpiło w ramach zawiązania do uzupełnienia dokumentów, co oznacza, iż decyzja o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania nie może być poprzedzona zawiązaniem o kolejne uzupełnienie dokumentów, gdyż to prawo wykonawcy zostało skonsumowane po jednokrotnym wykorzystaniu.

Odwołujący w zakresie zarzutu nieodtajnienia części wniosku wykonawcy Gildia Sp. z o.o., wskazał, iż takie dokumenty jak polisa OC, zobowiązanie złożone w trybie art. 26 ust. 2 b pzp o udzieleniu potencjału, sprawozdanie finansowe, wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Gildia, Odwołujący odnosił do wskazane w poz. 22 wykazu dostaw dostawy pojazdów wyposażonych w bliżej nieokreślone urządzenia elektroniczne dla Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska, który to przedmiot nie odpowiadał warunkowi udziału w postępowaniu wskazanemu w pkt III.2.3) ogłoszenia. Wykonawcy mieli wykazać się dostawami sprzętu, przez który zamawiający rozumiał, jako narzędzia i przyrządy do nauki przedmiotów nauczania zawodowego w branżach w ogłoszeniu wskazanych.

Jako naruszające art. 51 ust. 1a ustawy pzp., Odwołujący kwestionował sposób dokonania oceny wniosków (wylczenia punktów) i przekazania ich wyników wykonawcom, który uniemożliwił weryfikację poprawności ustaleń i obliczeń, czyniąc niemożliwym skuteczne skorzystanie z środków ochrony prawnej.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania ABPLANALP CONSULTING Sp. z o.o., odwołujący kwestionował spełnienie warunku opisanego w pkt III.2.3) pkt 1 i 2 ogłoszenia, dotyczącego doświadczenia. Zamawiający nie przekazał informacji o sposobie dokonania oceny wniosku oraz pozycjach wykazu, za które nie przyznał punktów. Przyznana minimalna ilość punktów (2.99) dowodzi, że wykonawca nie spełnia warunku dotyczącego doświadczenia, niemniej zamawiający omyłkowo przyznał mu tę ocenę.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia 6 wykonawców na podstawie kumulatywnie wszystkich zbiegających się podstaw, w tym nie uwzględnionej przez zamawiającego okoliczności posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego do wykazania sytuacji ekonomicznej, powinno prowadzić do powtórzenia czynności wykluczenia wykonawców z postępowania. Kwestionował również możliwość uznania za skuteczne posługiwanie się cudzą polisą oc, podmiotu, który ma być podwykonawcą któregoś z tych wykonawców. Zdolność finansowa w tej sytuacji wykazywana „pod warunkiem” oznacza, że warunek nie został spełniony.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili w dniu 12.12.2011r. wykonawcy: Gildia Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, ABPLANALP CONSULTING Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, Integrit Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, ITSUMI S.A. po stronie zamawiającego.

Stanowisko Izby

Dla rozpoznania wniesionych odwołań w pierwszej kolejności należało ustalić stan prawny wiążący w sprawach rozpoznawanych łącznie. Odwołania będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostały do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie stwierdziła zaistnienia jakiegokolwiek z przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkującej odrzuceniem odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.12.2011 r. do łącznego rozpoznania i rozpoznała na rozprawie merytorycznie cztery odwołania, które nie zostały wycofane przed otwarciem rozprawy, oznaczone sygnaturami akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11, KIO 2634/11.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, w tym wnioski oraz dokumenty składane przez wykonawców w toku postępowania, Izba uznała, iż żadne z odwołań połączonych do łącznego rozpoznania nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnośnie odwołań oznaczonych sygnaturami akt KIO 2572/11 i KIO 2621/11, zarzuty i prezentowana w nich argumentacja odnoszą się do identycznej podstawy faktycznej i prawnej decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawców wnoszących te odwołania, stąd uzasadnienie w tej części wyroku odnosi się łącznie do obu odwołań.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż odwołujący Integrit oraz KEN posiadali interes we wniesieniu odwołań, których celem było podważenie czynności wykluczenia obu wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wniesienie środka ochrony prawnej stanowiło jedyną drogę do przywrócenia tych wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu, umożliwiając im złożenie ofert i uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby, okoliczności te w sposób dostateczny dowodziły wypełnienia przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z informacji przekazanej przez zamawiającego wykonawcom w dniu 29.11.2011r., zamawiający uznał, iż uzupełnione na żądanie zamawiającego dokumenty (polisy) nie potwierdzały, że obaj wykonawcy posiadali na dzień składania wniosków ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę 20.000.000,00 zł. Złożona przez obu wykonawców ta sama polisa OC o numerze 901006418729 z dnia 01.03.2011 r. wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. opiewała na sumę 1.000.000,00 zł. i na taką kwotę została opłacona, natomiast przedłożone aneksy do polisy zawarte w dniu 17.11.2011 r. miały wskazywać, iż wykonawcy nie spełniali warunku posiadania ubezpieczenia na wymaganą kwotę 20.000.000,00 zł. w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków. Wykonawcy wykazali bowiem jedynie, że ubezpieczyciel objął swoją odpowiedzialnością również zdarzenia z tego okresu do wskazanej w aneksach wartości, ale na dzień składania wniosków opłaconej polis o wymaganej wartości nie było, zatem wykonawcy nie wykazali spełnienia warunku posiadania polisy OC o określonej wartości na dzień składania wniosków (w związku z brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Na podstawie uzupełnionych w trybie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. dokumentów (polisy OC o numerze 901006418729 z dnia 01.03.2011 r., aneksów oraz certyfikatów) Izba ustaliła, iż obaj odwołujący wykazywali się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w III.2.2) ogłoszenia – posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, do wysokości sumy ubezpieczenia nie niższej niż 20.000.000,00 PLN, tą samą polisą OC, w której jako ubezpieczający wskazany został podmiot INCOM S.A., a współubezpieczonymi: INCOM S.A., ITSUMI S.A., INTEGRIT Sp. z o.o., INCOM Sp. z o.o. z sumą gwarancyjną 1.000.000,00 zł., zawartą w dn. 01.03.2011 r. we Wrocławiu. Do polisy zawarto aneks nr 801000441431, w którym dokonano podniesienia sumy ubezpieczenia (sumy gwarancyjnej) do wysokości 20 mln zł w związku z kontraktem, którego dotyczy postępowanie o zamówienie publiczne i określono dodatkową składkę w wysokości 6.500,00 PLN, płatną w dwóch ratach (500,00 PLN do 17.11.2011 r. i 6000,00 PLN do 30.12.2011 r.). W aneksie wskazano, iż stanowi on integralną część Polisy i został opatrzony datą 17.11.2011 r. i podpisami ubezpieczyciela i ubezpieczającego. Odwołujący Integrit dołączył również certyfikat nr 4 potwierdzający udzielenie ochrony ubezpieczeniowej we wskazanym zakresie, wynikającym z polisy i aneksu, identyczny w swojej treści z certyfikatem oznaczonym nr 1, przedłożonym przez odwołującego KEN. Obaj odwołujący wykazywali w toku rozprawy, iż z faktu sporządzenia aneksu do polisy w dniu 17.11.2011 r. nie można wnioskować, daty jego zawarcia, a skoro obaj wykonawcy wykazali się wymaganym ubezpieczeniem na wskazaną przez zamawiającego sumę ubezpieczenia obowiązującą w terminie od 01.10.2011 r. do 29.02.2012 r., to należało uznać, iż spełniali oni warunek udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 21.10.2011 r. Nie budziło sporu, iż podniesienie sumy ubezpieczenia wymagało uiszczenia dodatkowej składki, która została wniesiona na rachunek ubezpieczyciela w dniu 17.11.2011 r., co potwierdzały załączone przy uzupełnieniu dokumentów, potwierdzenia realizacji przelewu.

W oparciu o poczynione ustalenia faktyczne Izba uznała, iż wykonawcy nie wykazali się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wyznaczonego w dacie 21.10.2011 r. Izba uznała, iż złożone w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty (polisa wraz z aneksem) wskazywały, iż obaj odwołujący nie byli ubezpieczeni na wymaganą kwotę 20.000.000,00 zł. w dniu, w którym zostały złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie można bowiem pominąć istotnej okoliczności związanej z podwyższeniem kwoty ubezpieczenia, która wymagała uiszczenia dodatkowej składki, co nastąpiło już po otwarciu wniosków w dniu 17.11.2011 r. Zgodnie z treścią zamieszczoną w ogłoszeniu o zamówieniu, wykonawcy byli zobowiązani, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego ubezpieczenia

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający ubezpieczenie wykonawcy w żądanym zakresie (pkt III.2.2 ppkt 2 *tieret* trzeci). W ocenie składu orzekającego, przesądzającym dla rozstrzygnięcia było ustalenie, iż wniesienie pierwszej raty składki określonej w aneksie podnoszącym kwotę ubezpieczenia do wymaganej kwoty, nastąpiło w terminie późniejszym od dnia, na który wykonawcy mieli wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy, co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kc). Przy tak sprecyzowanym wymaganiu ustawowym, nie jest istotny moment, w którym faktycznie doszło do zawarcia umowy ubezpieczenia (ważnej w dacie składania wniosku/oferty), do czego sprowadzała się argumentacja odwołujących. Ustawodawca wymaga bowiem złożenia polisy, która stanowi dowód potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia i to polisy opłaconej. Argumentacja odwołujących, w której zmierzali do wykazania, iż fakt objęcia ochroną ubezpieczeniową w wymaganym zakresie miał decydować o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, nie mogła zasługiwać na uznanie. W szczególności błędnym było założenie, iż udzielenie ochrony ubezpieczeniowej stanowi świadczenie zakładu ubezpieczeń z tytułu umowy ubezpieczenia, co nie daje się pogodzić z kodeksowym rozumieniem świadczenia, które na gruncie umowy ubezpieczenia zostało stypizowane w art. 805 § 1 k.c., jako zobowiązanie do wypłaty określonej sumy pieniężnej w razie zajścia określonego wypadku. Obowiązek świadczenia nie powstanie, zanim nie nastąpi zdarzenie określone w umowie. Dopiero wówczas ubezpieczyciel wykona swoje zobowiązanie, spełniając świadczenie w postaci zapłaty umówionej sumy (por. z wyrokiem SN. Z 20.10.2006 r., IV CSK 125/06). W oparciu o powyższe, samo ustalenie, iż wykonawca objęty został ochroną ubezpieczeniową nie dowodziło w sposób dostateczny spełnienia warunku. W dokumencie stwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia (polisie) wskazane zostały istotne postanowienia umowy, takie jak czas na jaki została ona zawarta oraz suma gwarancyjna, stanowiącej górną granicę określonej w umowie ubezpieczenia odpowiedzialności ubezpieczyciela, a także wysokość składek, do których wniesienia zobowiązany został ubezpieczający. Podobne postanowienia zawiera aneks do umowy, podnoszący sumę ubezpieczenia do 20 mln zł (dwudziestokrotnie), a także określający dodatkową składkę, wynikającą z wprowadzonej zmiany do umowy. W ocenie składu orzekającego, przyjęcie, iż polisa na sumę ubezpieczenia 20 mln zł. została opłacona w wymaganej (wynikającej z harmonogramu płatności składek) wysokości już w dniu, w którym upływał termin do składania wniosków, stałoby w sprzeczności z treścią stosunku prawnego potwierdzonego złożonymi dokumentami (polisie i aneksie). Dokumenty te stanowią podstawę oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a z ich treści jednoznacznie

wynika, iż do dnia składania wniosków, tj. do dnia 21 października 2011 r. opłacone zostały jedynie wymagalne składki na sumę gwarancyjną o wysokości 1.000.000,00 zł, a więc o wysokości niższej niż kwota określona przez Zamawiającego w postawionym warunku (20.000.000,00 zł). Składka podwyższająca sumę gwarancyjną, co przyznał Odwołujący i co wynika jednoznacznie z załączonego dowodu opłaty składki podwyższenia sumy gwarancyjnej polisy nr 901006418729, dokonana została dopiero w dniu 17 listopada 2011 r. Tak więc na dzień dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu składka w zakresie podwyższonej sumy gwarancyjnej nie tylko, że nie została opłacona, ale aneks do złożonej polisy OC nie został jeszcze wystawiony. Tymczasem wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień składania wniosków, tj. na dzień 21 października 2011 r. „Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, nawet - jeśli w świetle obowiązujących przepisów prawa, przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego - później opłacona polisa ubezpieczeniowa zostanie przez dany podmiot opłacona, a tym samym ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje, czy też wstecznie obowiązywała w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.” (wyrok z dnia 10.08.2011 r., sygn. akt KIO 1623/11, wyrok z dnia 6.12.2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). W oparciu o powyższe Izba uznała, iż Odwołujący Integrit oraz Ken nie spełnili warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zatem decyzja o wykluczeniu tych wykonawców z postępowania nie naruszała art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W zakresie odwołania wykonawcy Gildia (sygn. akt KIO 2623/11) Izba oddaliła odwołanie w oparciu o poczynione poniżej ustalenia faktyczne.

Odwołujący w toku rozprawy, po zapoznaniu się ze stanowiskiem zamawiającego zawartym w złożonej odpowiedzi na odwołanie wycofał się z zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Innovation Technology Group S.A. (opisany jako trzeci w odwołaniu), a także z części zarzutów dotyczących zaniechania wezwania wykonawcy ABP do uzupełnienia dokumentów (KRK oraz polisy OC). Podtrzymane zarzuty dotyczyły zaniechania wezwania konsorcjum WSOP Sp. z o.o. i IT WORKS S.A. (dalej zwani konsorcjum WSOP) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt III.2.3 ogłoszenia, a także zaniechania wezwania wykonawcy Abplanalp Consulting Sp. z o.o. (dalej zwany ABP) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt III.2.2. i III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu.

Ad. 1. Zarzut zaniechania wezwania konsorcjum WSOP do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnośnie wykazu dostaw konsorcjum WSOP oraz załączonych do niego dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, odwołujący kwestionował charakter dostawy z poz. nr 2, a także dokumenty dotyczące dostaw z poz. 3 i 4 wykazu. W ocenie odwołującego, dostawa obejmująca kompletne wyposażenie hali remontowej w sprzęt, maszyny i środki transportowe wraz z posadowieniem, montażem i rozruchem technologicznym maszyn i urządzeń (poz. nr 2 wykazu) nie spełniała cech wskazanych przez zamawiającego na potrzeby oceny zdolności technicznej jako „sprzęt lub oprogramowanie o ogólnej funkcjonalności odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Odnośnie dostaw z pozycji 3 i 4, odwołujący kwestionował załączone dokumenty wskazując, iż z protokołu zdawczo-odbiorczego dostawy z poz. nr 3 nie wynika, iż wykonawca wykonał dostawę należycie, a w odniesieniu do dostawy z poz. nr 4, treść referencji nie pozwala na jej odniesienie do wskazanej w wykazie dostawy.

W treści ogłoszenia zamawiający zastrzegł, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali dostawę sprzętu, który w ramach jednego zamówienia / umowy był dostarczany do minimum kilku lokalizacji znajdujących się w różnych miejscowościach (dostawy rozproszone), przy czym wartość jednego takiego zamówienia / umowy nie może być mniejsza niż 5.000.000 PLN brutto oraz zrealizowali co najmniej dwie dostawy sprzętu o wartości łącznej co najmniej 10 000 000 PLN brutto, przy czym wartość każdej z tych dostaw nie może być mniejsza niż 2 000 000 PLN brutto (pkt III.2.3 ppkt 1 i 2 ogłoszenia). Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (pkt II.1.5 ogłoszenia), obejmuje on pozycje sprzętowe w branżach: mechaniczna (min. stoły, wózki, zestawy narzędzi i kluczy, spawarki, tokarki, silniki, komputery i oprogramowanie), samochodowa (m.in. przyrządy pomiarowe, silniki, stanowisko dydaktyczne, inne oprzyrządowanie warsztatu), elektryczno-energetyczna (m.in. autotransformatory, przyrządy do pomiaru), mechaniczno-energetyczna (m.in. stanowiska do badania, projektowania i konstruowania z oprogramowaniem), budowlana (m.in. oprogramowanie i urządzenia), informatyczna (sprzęt), turystyczna (m.in. wyposażenie kuchni). Konsorcjum WSOP złożyło z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz dostaw, na którym ujęto 4 dostawy, których należyte wykonanie miały potwierdzać załączone dokumenty. Nie była kwestionowana dostawa z pozycji pierwszej o wartości 10.299.850,00 zł., realizowana do 86 lokalizacji, która wystarczała do spełnienia warunku opisanego w pkt III.2.3 ppkt 1 ogłoszenia, dla tzw. dostawy rozproszonej (dostawa sprzętu do kilku lokalizacji o wartości zamówienia/umowy nie mniejszej niż 5.000.000 PLN). Dla wykazania spełnienia warunku z ppkt 2 konieczne było zatem wskazanie co najmniej jeszcze jednej dostawy sprzętu o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 PLN brutto. Wszystkie

z trzech kwestionowanych dostaw odpowiadały pod względem wartości wymaganiu zamawiającego (wartość dostawy określono odpowiednio na poziomie: 2.477.820 zł., 4.449.290 zł., 6.000.000 zł.) i pod tym kątem nie były kwestionowane przez odwołującego. Odnośnie dostawy z pozycji drugiej wykazu Izba uznała, iż była ona odpowiednia pod względem rodzajowym opisanemu przedmiotowi zamówienia. Przedmiotem dostawy było kompletne wyposażenie hali remontowej w sprzęt maszyny i środki transportowe wraz z posadowieniem, montażem i rozruchem technologicznym maszyn i urządzeń. Zamawiający w ogłoszeniu w uwadze dotyczącej sprzętu, o którym jest mowa w opisie warunku udziału w postępowaniu, wskazał na sprzęt lub oprogramowanie o ogólnej funkcjonalności odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Odwołujący nie wskazał podstawy faktycznej, dla której należało odmówić uznania dostawy wyposażenia hali remontowej za odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, obejmującemu dostawę sprzętu między innymi dla kilkudziesięciu pracowni w Centrach Kształcenia w branżach mechanicznej, samochodowej, elektroenergetycznej, czy też mechatroniczno-elektronicznej. Zamawiający wymagał jedynie aby dostawy odpowiadały przedmiotowi zamówienia, co nie oznacza konieczności wykazania się dostawą identyczną pod względem sprzętowym. Pomimo, iż było możliwe szczegółowe ustalenie zakresu zamówienia realizowanego w ramach zamówienia publicznego na rzecz Zakładów Remontowo Budowlanych WAM Sp. z o.o. (nr postępowania 67/PN/10), odwołujący nie podjął się próby wykazania, iż dostawa ta nie mogła być uznana za odpowiadającą przedmiotowi zamówienia. Ponieważ to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu, któremu nie podołał, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponieważ dostawy z pozycji drugiej wykazu łącznie z dostawą z pozycji pierwszej były wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu z ppkt 2 opisu, ocena pozostałych dwóch dostaw objętych wykazem nie mogła wpłynąć na pozytywną weryfikację wniosku w tym zakresie, a zatem pozostawał bez wpływu na wynik oceny spełnienia warunku. Niezależnie od powyższego, Izba odniosła się merytorycznie do podnoszonych zarzutów wynikających z oceny załączonych dokumentów, tj. protokołu zdawczo-odbiorczego (poz. 3 wykazu) oraz listu referencyjnego (poz.4 wykazu). Obie dostawy stanowiły zasób podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał wykonawcy w tym postępowaniu, a odwołujący kwestionował możliwość wywiedzenia z załączonych dokumentów, iż dostawy zostały wykonane należycie. Izba przychyliła się w całości do stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, popartego orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazuje się na dopuszczalność załączenia do wykazu protokołu odbioru dostawy, w celu wykazania należytej realizacji umowy. W pierwszym fragmencie złożonego protokołu znajduje się wskazanie na zgodne z umową zawartą w dniu 25 stycznia 2010 r. w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (ZP/PN/1/2009) dokonanie przekazania – odbioru przedmiotu zamówienia. W

ocenie składu orzekającego, przy braku w protokole jakichkolwiek uwag co do zgodności przedmiotu świadczenia z zobowiązaniem wynikającym z umowy, nie było podstaw do stwierdzenia, iż dostawa została wykonana nienależycie. Załączony do dostawy z pozycji 4 wykazu list referencyjny ma formułę polecającą partnera, z którym wystawca współpracuje od kilku lat m.in. w obsłudze logistycznej dostaw oraz transportu zarówno narzędzi jak i elementów szkoleniowych, ale również odwołuje się do dostawy opisanej w wykazie. W referencji mowa jest bowiem o projekcie obejmującym dostawę do kilkudziesięciu miast na terenie kraju sprzętu o wartości brutto 6 mln PLN. W wykazie natomiast w pozycji 4 opisana została dostawa narzędzi i przyrządów do nauki przedmiotów nauczania (ilość lokalizacji: powyżej 90) na kwotę 6 000 00,00 zł. Zarówno informacje dotyczące odbiorcy, wartości projektu i zakresu zawarte w wykazie i liście referencyjnym są zbieżne, co czyniło zarzut odwołującego gołosłownym.

Ad. 2 Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy ABP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zdolność kredytową na wymaganym przez Zamawiającego poziomie 20 mln złotych, a także dokumentów potwierdzających dostarczenie sprzętu, który w ramach jednej dostawy był dostarczany do minimum kilku lokalizacji znajdujących się w różnych miejscowościach (dostawy rozproszone), przy czym wartość jednej takiej dostawy nie może być mniejsza niż 5 mln złotych brutto).

Odnośnie kwestionowanych dokumentów złożonych we wniosku Ablpanalp Consulting Sp. z o.o. odwołujący wskazywał, iż przedłożona opinia bankowa stwierdza zdolność kredytową tego wykonawcy na poziomie 15 mln złotych, zamiast wymaganych 20 mln zł. Zakwestionował również doświadczenie, jakim wykazywał się wykonawca w odniesieniu do dostawy rozproszonej, jednak bez wskazania konkretnie na jakie podstawie oparte został ten zarzut. Dopiero na rozprawie odwołujący rozszerzył swoje uzasadnienie, odnosząc się do trzech dostaw, tj. z poz. 1 wykazu na str. 185 wniosku (dla odbiorcy z Wietnamu), poz. 1 wykazu ze str. 325 wniosku (odbiorca Mayr Polska Sp. z o.o.) oraz poz. 5 wykazu ze str. 329 wniosku (AGIPT KCO KAZAKHSTAN).

Izba uznała, iż dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 20.000.000 PLN, były załączone do wniosku opinia bankowa z dnia 29.08.2011 r. wystawiona przez Raiffeisen Bank Polska S.A. potwierdzająca zdolność kredytową ABP do wysokości 15.000.000,00 oraz potwierdzenie Bankowości Korporacyjnej Szwajcarii posiadanych przez podmiot udostępniający swój potencjał finansowy (zgodnie z oświadczeniem ze str. 11 wniosku) na dzień 25.08.2011 r. środków finansowych, w tym co najmniej 2.836.944,95 euro. Łączna kwota środków finansowych oraz zdolności kredytowej wynosi co najmniej 20 mln zł i spełnia

warunek udziału w postępowaniu. Załączone do wniosku przyrzeczenie podmiotu trzeciego (Haas Automation Europe) udzielenia kredytu w kwocie do 750.000 EURO nie mogło być wzięte pod uwagę, gdyż nie była to informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wymieniona w § 1. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Izba oddaliła zarzuty dotyczące braku wykazania przez ABP spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia dla dostawy rozproszonej, których odwołujący nie uzasadnił w treści odwołania. Podnoszone dopiero na rozprawie okoliczności dotyczące trzech pozycji z wykazów dostaw, stanowiły próbę uzupełnienia uzasadnienia zarzut, jakie powinno znaleźć się w treści odwołania. Niezależnie od stwierdzonej wady formalnej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, iż wskazywane przez odwołującego okoliczności nie mogły prowadzić do wniosku o konieczności wystąpienia do wykonawcy ABP o uzupełnienie dokumentów. Przede wszystkim odwołujący poza wskazanymi na rozprawie trzema dostawami, objętymi wykazami ze strony 184 i 185, 325 i 329 wniosku, w żaden sposób nie odniósł się do pozostałych dostaw wskazanych w wykazach na stronach 245-251 (41 pozycji), 327 (3 pozycje), 328 (2 pozycje), 329-330 (5 pozycji), 341 (1 pozycja). Izba uznała zatem, iż dostawy te nie budzą żadnych zastrzeżeń, a zatem potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odnosnie trzech wskazanych przez odwołującego dostaw, tylko jedna miała charakter dostawy rozproszonej, dotycząca 11 odbiorców w Wietnamie. Pozostałe dwie nie mogły zatem mieć znaczenia dla ustalenia, czy wykonawca spełnia warunek opisany w ppkt 1 ogłoszenia (III.2.3), którego dotyczył zarzut w odwołaniu. Izba uznała, iż zastrzeżenia odwołującego dotyczące dostawy rozproszonej w Wietnamie, wynikające z treści załączonego dokumentu – protokołu rozliczenia kontraktu, w którym wskazano na wyłączenie uzupełnienia nr 02, nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący poza wskazaniem na wyłączenie z rozliczenia kontraktu uzupełnienia nr 02, nie odniósł się w żaden sposób do treści zawartej w protokole, w którym szczegółowo opisano 11 odbiorców ze wskazaniem wartości sprzętu i usługi, co czyniło oświadczenie zawarte w wykazie prawidłowym. Ponadto w protokole wyjaśniono, iż uzupełnienie nr 02 dotyczyło zwiększenia zakresu dostawy i odpowiednio zwiększenia wartości umowy, który został zgodnie z uzupełnieniem nr 02 dostarczony oddzielnie. Skoro dostawa stwierdzona protokołem rozliczenia kontraktu była wystarczająca dla stwierdzenia, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, przy braku dowodu stwierdzającego nienależyte wykonanie rozszerzonego zakresu dostawy, zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należało uznać za gołosłowny.

W oparciu o wskazaną powyżej argumentację Izba uznała, iż zarzucane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie miały miejsca, a zatem odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie odwołania konsorcjum WSOP Sp. z o.o. i IT WORKS S.A. (sygn. akt KIO 2634/11) Izba oddaliła odwołanie w oparciu o poczynione poniżej ustalenia faktyczne.

I.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy Gildia kwestionował dopuszczalność powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej, co stałoby w sprzeczności z przepisami ustawy, które dopuszczają możliwość polegania na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączącego te podmioty stosunku (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.). Ponieważ odwołanie się przez Gildię do cudzej zdolności technicznej nastąpiło w ramach uzupełnienia dokumentów, wykonawca podlega obowiązkowemu wykluczeniu z postępowania.

Izba uznała, iż w omawianej sytuacji winna znaleźć zastosowanie tzw. wykładania pro unijna przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym dopuszczono możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Wskazany przepisem ustawodawca dokonał implementacji do krajowego porządku między innymi art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna). W art. 47 ust. 2 Dyrektywy dopuszczono możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu wykazania sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Przy implementacji przepisu Dyrektywy w art. 26 ust. 2b ustawy krajowej pominięto sytuację ekonomiczną wykonawcy, której wykazanie mogło odbyć się poprzez skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego. Przyjęcie, iż ustawodawca celowo zawęził możliwość skorzystania z potencjału podmiotów trzecich wyłącznie do sytuacji finansowej tych podmiotów, stawiałoby pod znakiem zapytania prawidłowość wprowadzenia przepisu Dyrektywy do porządku krajowego państwa członkowskiego zobowiązanego do jej przestrzegania. Izba w całości przychyliła się do argumentacji prezentowanej w wyroku KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 269/11 i wywodów tam zawartych w części w jakiej dotyczą one wykładni przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, która przy niepełnej, czy też nieprawidłowej implementacji Dyrektywy powinna uwzględniać

rezultat określony w dyrektywie (tzw. prounijna wykładnia przepisów). Wykładnia ta stanowi jeden z podstawowych instrumentów zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego w Państwach Członkowskich, koniecznym jest jej zastosowanie, a więc powinno to mieć miejsce także w niniejszym stanie faktycznym. Należy bowiem dokonać takiej wykładni prawa krajowego, która jest zgodna z treścią i celem danej dyrektywy i powinna być ona „(...) dokonywana tak dalece, jak to możliwe, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie” (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2010r., I S.A./Wr1637/09, LEX 570 107). Interpretacja prawa krajowego musi więc bezwzględnie uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, ponieważ w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym” (orzeczenie ETS z 17 listopada 1993 r. (sygn. akt C -71/92) w sprawie Komisja Europejska przeciw Królestwu Hiszpanii). „Przepis ten (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) powinien więc podlegać wykładni prounijnej, co oznacza konieczność przyjęcia, że przez „zdolności finansowe” według art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy rozumieć zdolności dotyczące zarówno sytuacji finansowej, jak i ekonomicznej, wedle art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp” (A. Sołtysińska, Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych*, Nr 4(23)/2009, s. 22, Warszawa 2009). A ponieważ „prounijna wykładnia jest uznanym instrumentem wdrożenia prawa europejskiego do wewnętrznego porządku prawnego, to od organów stosujących prawo w państwach Unii Europejskiej oczekuje się interpretacji prawa wewnętrznego zgodnej z prawem europejskim (co wynika z art. 5 Traktatu Rzymskiego)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r., K 2/02 OTK-A 2003, nr 1, poz. 4), a obowiązek prawidłowej wykładni dyrektywy dotyczy wszystkich organów Państw Członkowskich UE w zakresie ich kompetencji, w tym także Krajowej izby Odwoławczej.

Tak więc, mając na uwadze okoliczność osiągnięcia rezultatu zakładanego w Dyrektywie, sformułowanie zawarte w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, iż wykonawca może polegać jedynie na „zdolnościach finansowych innych podmiotów” należy rozumieć jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej wykonawcy.

Zastosowanie takiej wykładni przepisu nie tylko czyni zadość osiągnięciu celu, jakim miało być ułatwienie dostępu do rynku zamówień publicznych i pogłębienie konkurencyjności, ale także zapewnia spójność przepisów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej. Zarówno w Dyrektywie (art. 47 ust.1), jak i w przepisach krajowych (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy i § 1.1 rozporządzenia w sprawie dokumentów) sytuacja finansowa i ekonomiczna wykonawców jest traktowana łącznie i nie ma rozróżnienia, które z dokumentów, jakich może żądać zamawiający dotyczą sytuacji finansowej, a które ekonomicznej. Zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i Dyrektywa łącznie

odnosi się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców. Dlatego też uznać należy, iż dokumenty (sprawozdania finansowe) złożone przez Gildię Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu na potwierdzenie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy były jednocześnie dokumentami składanymi na potwierdzenie spełnienia sytuacji ekonomicznej, jak i finansowej. Sam Zamawiający, stawiając wykonawcom warunek (dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej) posługiwał się w treści ogłoszenia pojęciem „zdolność ekonomiczna i finansowa” (III.2.2), wskazując iż żąda złożenia wymienionych dokumentów (m.in. sprawozdania finansowego) w celu wykazania warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów – sprawozdania finansowego albo jego części za 2008 r. wraz z opinią biegłego rewidenta żądał również złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. części sprawozdań za lata 2009 i 2010 podmiotu udostępniającego potencjał na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. W świetle prezentowanej wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy, uznać należało, iż dokumenty podmiotu trzeciego (spółki EL-MAX) złożone przez Gildię Sp. z o.o., zostały złożone prawidłowo na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Nie można w sposób kategoryczny i jednoznaczny stwierdzić, iż sprawozdanie finansowe - rachunek zysków i strat podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał ekonomiczny i finansowy odnosi się wyłącznie do sytuacji ekonomicznej podmiotu i nie stanowi źródła wiedzy o sytuacji finansowej tego podmiotu.

Kierując się wskazanym rozumieniem art. 26 ust. 2 b ustawy Izba uznała, iż zamawiający w sposób prawidłowy ocenił potencjał finansowy i ekonomiczny tego wykonawcy i nie podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

II.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wynikający z zaniechania odtajnienie części dokumentów złożonych we wniosku Gildia Sp. z o.o.

Izba ustaliła, iż we wniosku wykonawca Gildia objął tajemnicą przedsiębiorstwa między innymi oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału ekonomicznego i finansowego z dnia 19.08.2011r., sprawozdania finansowe za 2009 i 2010 r.(podmiotu udostępniającego swój potencjał), polisę OC oraz wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zostały one wykonane należycie. Pismem z dnia 17 listopada 2011 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca uzupełnił sprawozdanie finansowe podmiotu udostępniającego potencjał sporządzone za 2008 r. wraz z opinią niezależnego biegłego rewidenta oraz złożył wyjaśnienie podstawy do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części dokumentów. W wyjaśnieniach Gildia poza wskazaniem, iż nieujawnione do

wiadomości publicznej informacje posiadają wartość gospodarczą, a dostęp do nich mają wyłącznie upoważnieni pracownicy, którzy zobowiązani są do zachowania poufności tych informacji i nie uzasadnił szerzej przyczyn objęcia klauzulą treści dokumentów. Zamawiający zobowiązany był ocenić, czy złożone wyjaśnienia pozwalają na przyjęcie spełnienia przesłanek do utrzymania klauzuli tajności części wniosku składanego w postępowaniu, w którym generalną zasadą jest jawność. W ocenie Izby same wyjaśnienia jako zbyt lakoniczne w zasadzie nie wносиły żadnej dodatkowej informacji, która byłaby przydatna dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji musiał zdecydować w oparciu o treść dokumentów zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy zachodziły podstawy do utrzymania tych dokumentów w poufności.

Izba uznała, iż polisa OC nie zawierała informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiących informację techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Polisa OC stanowi jedynie dowód zawarcia umowy ubezpieczenia, co było powszechnie dostępną informacją dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Można zatem wywieść z czynności zamawiającego, który nie wykluczył wykonawcy Gildia z postępowania, iż dokument ten potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co nie było kwestionowane przez odwołującego, chociażby z ostrożności procesowej. Wraz z polisą ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej załączono do wniosku potwierdzenia uiszczenia pełnej składki przelewem bankowym w dniu 28.09.2011 r. Ponieważ zaniechanie odtajnienia dokumentu jest czynnością odrębną od czynności oceny dokumentu pod względem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, iż nie mogła mieć ona wpływu na wynik postępowania (oceny spełnienia warunku udziału) i na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Odnosnie wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, zamawiający w piśmie z dnia 29.11.2011 r. poinformował wykonawcę o odtajnieniu dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. wykazu wykonanych dostaw w odniesieniu do pozycji 1 oraz 13-21 wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw. Zamawiający uznał za niezasadne zastrzeżenie poufności informacji dotyczących dostaw, które były wykonywane w wyniku postępowań o udzielenie zamówień publicznych, jawnych zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ odwołujący w oparciu o ujawnioną część dokumentów nie kwestionował prawidłowości czynności oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Izba uznała, iż utrzymanie w poufności części dokumentów nie

mogło mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem odwołanie nie mogło być w tym zakresie uwzględnione na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnośnie oświadczenia podmiotu trzeciego oraz dokumentów dotyczących jego sytuacji finansowej i ekonomicznej (rachunek zysków i strat) Izba uznała, iż informacje w nich zawarte mogą mieć wartość gospodarczą, umożliwiając poznanie sytuacji ekonomicznej partnerów gospodarczych, a więc ich pozycję na rynku. Izba jednak uznała, iż informacje te w części zostały udostępnione dla nieograniczonego grona zainteresowanych, gdyż Gildia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia sprawozdania finansowego za 2008 r., nie zastrzegła poufności uzupełnionych dokumentów. Na ich podstawie możliwe było co najmniej zidentyfikowanie podmiotu udostępniającego swój potencjał, jak również ocena jego kondycji finansowej i ekonomicznej. Ponieważ ujawniona treść rachunku zysku i strat pozwalała na weryfikację oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu – uzyskania średnich rocznych przychodów netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów (przychody ogółem), obliczonych z ostatnich trzech lat działalności (...) w wysokości co najmniej 25 000 000 PLN, a odwołujący nie kwestionował tej oceny, Izba uznała, iż utajnienie części dokumentów nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

III.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji we wniosku Gildia, dotyczy wskazanej w odwołaniu dostawy z poz. 22 wykazu dotyczącej dostawy pojazdów wyposażonych w bliżej nieokreślone urządzenia elektroniczne dla Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska, który to przedmiot zdaniem odwołującego nie odpowiadał warunkowi udziału w postępowaniu wskazanemu w pkt III.2.3) ogłoszenia. Izba uznała, iż zarzut podania nieprawdziwych informacji w ogóle nie został uzasadniony przez odwołującego, a powołane w uzasadnieniu okoliczności dotyczyć mogły jedynie ustalenia, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił dowodów na nieprawdziwość informacji dotyczących wskazanej dostawy, co prowadziło do oddalenia zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Gildia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

IV.

Jako naruszające art. 51 ust. 1a ustawy Pzp., odwołujący kwestionował sposób dokonania oceny wniosków (wyliczenia punktów) i przekazania ich wyników wykonawcom, który uniemożliwił weryfikację poprawności ustaleń i obliczeń, czyniąc niemożliwym skuteczne skorzystanie z środków ochrony prawnej. Po zapoznaniu się z treścią zawiadomienia o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, iż zamawiający podał wymaganą informację o wynikach oceny spełniania

warunków udziału w postępowaniu oraz ilości uzyskanych punktów w kryteriach oceny przez wykonawców nie wykluczonych z postępowania. Zamawiający w piśmie a dnia 29.11.2011 r. zawarł informację o ilości uzyskanych punktów przez czterech wykonawców w podlegających ocenie warunkach, tj. liczby lokalizacji dostaw rozproszonych oraz za największą wartość dostawy. Przy wnioskach, które nie zostały poddane ocenie punktowej, zamawiający nie wypełnił tabeli z punktami. Jednocześnie w zawiadomieniu zamawiający przekazał informację o wykonawcach wykluczonych z postępowania z podaniem uzasadnienia tej czynności. Wynik oceny stanowi końcowy rezultat czynności zamawiającego i nie musi na gruncie art. 51 ust. 1a ustawy zawierać szczegółowego uzasadnienia, a zatem zarzut w tym zakresie nie znajdował oparcia w przepisie ustawy i podlegał oddaleniu. Zupełnie gołosłowne były twierdzenia odwołującego o braku spełnienia warunku przez wykonawcę ABP, który otrzymał minimalną ilość punktów (2,99). Odwołujący miał możliwość zapoznania się z wnioskiem tego wykonawcy i ustalenia, czy wykazane doświadczenie było wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.3) pkt 1 i 2 ogłoszenia. Wywodzenie z ilości przyznanych punktów o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu nie mogło prowadzić do przyznania zasadności zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ABP.

VI.

Podnoszony w końcowym fragmencie odwołania zarzut zaniechania wykluczenia 6 wykonawców na podstawie kumulatywnie wszystkich zbiegających się podstaw, nie mógł zmienić wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem nawet w przypadku potwierdzenia zasadności rozszerzenia podstawy wykluczenia tych wykonawców z postępowania, uchybienie w tym zakresie pozostawałyby bez wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i 3 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....