

Sygn. akt: KIO 2302/13

Sygn. akt: KIO 2314/13

WYROK

z dnia 15 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 27 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa**

B. w dniu 27 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2302/13 - po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2314/13 - po stronie odwołującego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Inżynieria Rzeszów S.A, BEST Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., Sack Invent Poland Sp. z o.o., ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2302/13 oraz KIO 2314/13 - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** kwotę **7 134 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sto trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** oraz kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, ul. Grzybowska 87, 00-844
Warszawa.**

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

Przewodniczący:

.....

.....

**sygn. akt: KIO 2302/13
KIO 2314/13**

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

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowę Kolektora Burakowskiego „Bis” w ulicy Marymonckiej na odcinku ul. Żeromskiego - Trasa Mostu Północnego*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Zamawiający dnia 18 września 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

KIO 2302/13

Dnia 27 września 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 18; 02-676 Warszawa, Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13; 28042 Madryt, Królestwo Hiszpanii (dalej „*odwołujący*” lub „*konsorcjum Aldesa*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

- 1) wykluczeniu odwołującego z postępowania pomimo wykazania przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, alternatywnie, w przypadku nie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego zarzutu - zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu albo skierowaniu do odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów, które nie wskazywało w sposób wystarczająco precyzyjny oczekiwań zamawiającego co do treści uzupełnianych dokumentów,
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, BESTA Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, Sack Invent Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „*konsorcjum Inżynieria Rzeszów*”), mimo złożenia przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, alternatywnie, w przypadku nie

uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego zarzutu - zaniechaniu wezwania konsorcjum Inżynieria Rzeszów do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wykazujących spełnienie przez konsorcjum inżynieria Rzeszów warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,

- 3) z ostrożności procesowej, zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Obrascon Huarte Lain S.A. z siedzibą w Madrycie (Królestwo Hiszpanii) oraz OHL ZS, a.s. z siedzibą w Brnie (Republika Czeska) - dalej „Konsorcjum OHL” - mimo, że oferta Konsorcjum OHL zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) zaniechaniu udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo wykazania przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji finansowej, alternatywnie, w przypadku nie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego zarzutu - art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia złożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie sytuacji finansowej albo art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez skierowanie do odwołującego wezwania o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie sytuacji finansowej niewystarczająco precyzyjnie określającego oczekiwania zamawiającego, co do treści zaświadczeń z banków,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Inżynieria Rzeszów, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, alternatywnie, w przypadku nie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego zarzutu - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Inżynieria Rzeszów do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wykazujących spełnienie przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,
3. z ostrożności procesowej, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OHL, mimo że treść oferty konsorcjum OHL nie odpowiada treści s.i.w.z.,
4. z ostrożności procesowej, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OHL, mimo że oferta konsorcjum OHL zawiera błędy w obliczeniu ceny,

5. art. 8 oraz art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez odmowę udostępnienia odwołującemu dokumentacji postępowania, która jest jawna oraz uznanie, iż m.in. protokoły posiedzeń komisji przetargowej nie stanowią załączników do protokołu postępowania.

Mając na względzie powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zaniechanie naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i uznania, że odwołujący wykazał spełnianie tego warunku, alternatywnie - nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i skierowania wezwania o uzupełnienie, które precyzyjnie określać będzie oczekiwania zamawiającego do treści zaświadczeń z banków,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i wykluczenia konsorcjum Inżynieria Rzeszów z postępowania, alternatywnie - nakazanie zamawiającemu wezwania konsorcjum Inżynieria Rzeszów do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wykazujących spełnienie przez Konsorcjum Inżynieria Rzeszów warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny konsorcjum OHL i odrzucenia oferty konsorcjum OHL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp,
- 5) nakazanie zamawiającemu zaprzestania naruszania zasady jawności postępowania i udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu postępowania, w tym protokołów i notatek komisji przetargowej.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ w wyniku dokonania przez zamawiającego, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, wykluczenia odwołującego z postępowania, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie:

- 1) konsorcjum Inżynieria Rzeszów,

- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, Korporacja „Altis-Holding”, ul. Kaczałowa W, 03146 Kijów (Ukraina),

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

KIO 2314/13

Dnia 27 września 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, Korporacja „Altis-Holding”, ul. Kaczałowa W, 03146 Kijów (Ukraina) (dalej „*odwołujący*” lub „*konsorcjum IDS-BUD*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów, mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) ewentualnie art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów, mimo iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Inżynieria Rzeszów, mimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 4) ewentualnie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Inżynieria Rzeszów do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz zaniechanie wezwania wykonawcy Inżynieria Rzeszów do wyjaśnień w zakresie sposobu w jaki dojdzie do przekazania wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego MTS Perforator GmbH wykonawcy Inżynieria Rzeszów,
- 5) art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp - poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów, która to oferta winna zostać odrzucona,
- 6) art. art. 8 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia odpowiedzi wykonawcy Inżynieria Rzeszów, pomimo, iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że

dokumenty zastrzeżone przez Inżynierię Rzeszów objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,

- 7) oraz art. 7 ust. 1 Pzp i innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymienionych w treści odwołania, w wyniku czego zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę wykonawcy Inżynieria Rzeszów jako najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji z dnia 18.09.2013r. o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów,
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów, z uwagi na okoliczność, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; ewentualnie odrzucenia oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów, z uwagi na okoliczność, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) wykluczenie wykonawcy Inżynieria Rzeszów, z uwagi na okoliczność, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 5) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, wobec zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 - 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołujący wniósł o podjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, decyzji w sprawie dopuszczalności udostępnienia odwołującemu odpowiedzi wykonawcy Inżynieria Rzeszów, które zostały przez Inżynierię Rzeszów zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pozwoli to odwołującemu na doprecyzowanie zarzutów postawionych w odwołaniu dotyczących ceny oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów i rozwinięcie ich uzasadnienia.

Odwołujący wskazał, iż jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zamawiający niesłusznie dokonał wyboru oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów, która to oferta powinna zostać odrzucona gdyż zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Oferta odwołującego, nie uwzględniając ofert odrzuconych lub uznanych za odrzucone w wyniku wykluczenia wykonawcy, jest drugą w kolejności ofertą, w związku z powyższym, w przypadku

uwzględnienia niniejszego odwołania i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów lub jego wykluczenia, oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza w świetle jedyne go kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, jakim jest cena.

Do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego - zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 18; 02-676 Warszawa, Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13; 28042 Madryt, Królestwo Hiszpanii,

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, BESTA Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, Sack Invent Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych oraz podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na okoliczność, iż odwołujący – konsorcjum Aldesa na rozprawie oświadczył, że wycofuje zarzuty określone w pkt 3 i 4 odwołania, dotyczące wykonawcy – konsorcjum OHL, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania oraz alternatywny zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp albo art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania bezpodstawnie, gdyż wykazał spełnianie wszystkich postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Dokonując oceny spełniania warunku zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej - pkt 5.1.4. lit. b s.i.w.z. (IDW): posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej, w wysokości nie mniejszej niż równowartość kwoty 90.000.000,00 PLN.

Zamawiający wskazał także, że w celu przeliczenia na PLN wszystkich wartości i danych finansowych podanych w innych walutach, zamawiający zastosuje średni kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP) aktualny na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE ogłaszany w sposób przewidziany w § 8 uchwały Zarządu NBP nr 51/2002 z dnia 23 września 2002 roku (...) - pkt 5.3. s.i.w.z. (IDW).

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku zamawiający żądał - pkt 6.2 lit. d s.i.w.z. (IDW) przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący dołączył do oferty (str. 172-173 oferty) zaświadczenie banku Bankia S.A., o następującej treści: „(...) oświadczam, że firma „Aldesa Construcciones S.A.” z siedzibą w Madrycie przy c/Bahia de Pollensa 13, posiadająca NIP A28233534, jest starym klientem naszej jednostki i w dniu dzisiejszym, w związku z jej funkcjonowaniem w tutejszym oddziale posiada ona następujące ważne linie operacyjne:

1. limit 4.210.000,00 euro na rachunku kredytowym,
2. limit 117.000.000,00 euro linii kredytowej na realizację projektów zagranicznych,
3. limit 68.000.000,00 euro linii kredytowej na cesje niespłaconych wierzytelności,
4. limit 15.000.000,00 euro na linie confirming.

Ponadto współpraca związana z płatnościami wykonywanymi przez firmę za naszym pośrednictwem jest całkowicie zadowolająca, tutejszy oddział nie posiada informacji dotyczących braku wykonania spłat akceptów domicylowanych na rachunku firmy. (...).”.

Ustalony zgodnie z pkt 6.2 lit. d) s.i.w.z. (IDW) kurs euro wynosił: 4,3265 zł.

Zdaniem odwołującego, powyższe oznacza, że już z dokumentu załączonego do oferty wynikało, że zdolność kredytowa jednego członka konsorcjum odwołującego wynosiła

883.514.565,00 PLN, a więc ponad 9-krotnie przekraczała zdolność wymaganą przez zamawiającego.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku. W swym piśmie wskazał, że *„Dokonując badania i oceny spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wziął pod uwagę limity określone w lit. a) i b) oświadczenia oraz pominął limity określone w lit. c) i d) oświadczenia z uwagi na ich przeznaczenie na inne konkretnie wskazane cele. Z treści oświadczenia nie wynika, jaki był stopień wykorzystania środków zgromadzonych na rachunku kredytowym lit. a) oraz linii kredytowej lit. b) na dzień składania ofert, a w konsekwencji czy Wykonawca spełnia powyższy warunek (...).”*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący, przedstawił zamawiającemu sześć zaświadczeń z pięciu banków, w których prowadzi rachunki. W swym piśmie odwołujący wymienił wszystkie uzupełniane zaświadczenia z banków streszczając ich treść, a także odwołujący zamieścił dodatkowe wyjaśnienie, iż: *„Wszystkie ww. dokumenty odnoszą się do dostępnych na dzień 7 lub 8 sierpnia 2013 roku środków finansowych i kwot w limitach kredytowych Aldesa Construcciones S.A.”*

Do uzupełnienia dołączone zostały następujące dokumenty:

- 1) zaświadczenie Bankia S.A. potwierdzające posiadanie przez Aldesa Construcciones S.A. na dzień 7 sierpnia 2013 roku *„następujących obowiązujących linii operacyjnych:*
 - a) *limit 4.210.000,00 euro na rachunku kredytowym. Dostępne środki: 4.210.000,00 euro,*
 - b) *limit w wysokości 117.000.000,00 euro linii kredytowej grupy firm na potrzeby handlu zagranicznego. Dostępne środki 2.838,013,39 euro,*
 - c) *dostępne środki na rachunku bieżącym (...): 1.507.525,39 euro.”*
- 2) zaświadczenie z Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. potwierdzające, że *„na dzień 8 sierpnia 2013 r. firma Aldesa Construcciones S.A (...) posiadał linię kredytową udostępnioną przez nasze przedsiębiorstwo o dostępnym limicie w wysokości do 3,0 milionów euro.”*
- 3) zaświadczenie z Banco de Sabadell S.A. potwierdzające, że Aldesa Construcciones S.A. *„w dniu 8 sierpnia 2013 roku posiadała otwartą linię kredytową w naszym oddziale, o dostępnym limicie w wysokości 4.851.560 euro. Niniejsze zaświadczenie nie stanowi gwarancji bankowej, ma jedynie charakter referencji handlowych, wystawionych w Madrycie (...).”*
- 4) zaświadczenie z CaxiaBank S.A. wskazujące, że: *„obecnie prowadzimy dla firmy ALDESA CONSTRUCCIONES, S.A. rachunek kredytowy na maksymalną kwotę 8.399.527,19 euro, która z zastrzeżeniem odnośnych zasad i warunków, może być wykorzystywana przez wymienioną spółkę. W dniu 08-08-2013 na rachunku*

kredytowym rozdysponowana była kwota 6.551,758,86 euro i w związku z tym do dyspozycji pozostawała kwota 1.847.768,33 euro.”.

- 5) *zaświadczenie z CaxiaBank S.A. potwierdzające posiadanie przez Aldesa Construcciones S.A. „w dniu 8 sierpnia 2013 roku na rzeczonej lokacie występowało saldo 6.000.000 euro.”.*
- 6) *zaświadczenie z Banco Santander S.A. wskazujące, że: „na dzień ósmego sierpnia 2013 roku Spółka ma dostęp do następujących instrumentów podlegających postanowieniom odnośnych umów oraz obowiązującym przepisom prawa:*
 - kredyt w rachunku bieżącym na maksymalną kwotę 5,34 miliona euro,*
 - kredyt konsorcjalny na maksymalną kwotę 38,85 milionów euro (udział Banco Santander S.A.”.*

Zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania podał, iż „Zamawiający uznał, że wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy potwierdzają następujące dokumenty: zaświadczenie Bankia S.A. z siedzibą przy C/Pintor Sorolla 8-46002 Walencja, w zakresie środków wskazanych w pkt. 1 lit a i c powyżej, oświadczenia CaixaBank S.A. z siedzibą w Barcelonie (pkt 5 i 6 powyżej). Jednocześnie Zamawiający uznał, że z treści zaświadczeń Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Banco de Sabadell S.A oraz Banco Santander S.A. z siedzibą w Madrycie (pkt 2, 3 i 4 powyżej) nie wynika, jaki był stopień wykorzystania dostępnych linii kredytowych oraz kredytów. Natomiast w odniesieniu do zaświadczenie Bankia S.A. z siedzibą przy C/Pintor Sorolla 8-46002 Walencja, w zakresie środków wskazanych w pkt 1 lit. b Zamawiający uznał, że zaświadczenie nie precyzuje w jakim zakresie dotyczy Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (wskazana została grupa firm). W związku z powyższym Zamawiający uznał, że powyższe dokumenty nie potwierdzają posiadania przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej. Stosownie do pkt. 5.3 IDW w celu przeliczenia na PLN wszystkich wartości i danych finansowych podanych w innych walutach, Zamawiający zastosuje średni kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP) aktualny na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłaszany w sposób przewidziany w § 8 uchwały Zarządu NBP nr 51/2002 z dnia 23 września 2002 roku w sprawie sposobu wyliczania i ogłaszania bieżących kursów walutowych (Dz.U. NBP z dnia 29 września 2002 roku, z późn. zm.). Średni Kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP) aktualny na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu (2 lipca 2013 r.) wskazany w Tabeli Nr 126/A/NBP/2013 z dnia 2 lipca 2013 r. dla euro wynosił: 4,3265 zł. Zamawiający uznał, że z powyższych dokumentów wynika, że Wykonawca posiadał środki finansowe w wysokości 13 565 293,72 euro co stanowi równowartość 58 690 243,28 zł. Nawet gdyby uznać zaświadczenie Bankia S.A. z siedzibą przy C/Pintor Sorolla 8-46002 Walencja, w zakresie środków wskazanych w pkt 1 lit b (co według Zamawiającego jest nieuzasadnione)

Wykonawca posiadał środki finansowe w wysokości 16 403 307,11 euro, co stanowi równowartość 70 968 908,21 zł. W związku z powyższym Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu - tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej, w wysokości nie mniejszej niż równowartość kwoty 90.000.000,00 PLN (pkt 5.1.4 lit b) SIWZ).”.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, stanowi natomiast, iż warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, za niezasadne należy uznać stanowisko odwołującego, wyrażone na rozprawie, iż potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) ma jedynie charakter ogólny, tzn. badanie zamawiającego ma stwierdzić ogólną kondycję finansową badanego wykonawcy. Wskazać bowiem należy, że z przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, bezsprzecznie wynika obowiązek po stronie zamawiającego, takiego ukształtowania treści warunku i opisu sposobu jego oceny, aby każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu był pewny, jakie okoliczności zamawiający będzie oceniał przy sprawdzeniu, czy wykonawca wykazał potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nadto, istotnym jest wskazanie, że z przepisu powyższego jasno wynika, że ocena opisanego przez zamawiającego warunku, ma na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Sformułowanie „udzielanego zamówienia” bezsprzecznie wskazuje na postępowanie, w którym wykonawca ma się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, tzn. to konkretne postępowanie, w którym wykonawca składa ofertę. Prezentowane, na rozprawie, przez odwołującego stanowisko, że opis spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (pkt 5.1.4 lit. b s.i.w.z.) może nie dotyczyć przedmiotowego postępowania, jest całkowicie sprzeczne z obowiązującymi przepisami, jak i z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby stanowisko odwołującego powodowane jest chęcią przyjęcia takiej

interpretacji s.i.w.z., która byłaby korzystna dla odwołującego. Jednakże wskazać należy, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy odczytywać łącznie z treścią przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, która z oczywistych względów znajduje pozycję nadrzedną w stosunku do s.i.w.z.

Izba nie ma wątpliwości, że aby wykonawca wykazał zamawiającemu (art. 26 ust. 2a oraz *a contrario* art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, musiał wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż równowartość kwoty 90.000.000,00 PLN.

Wskazać należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek dowodowy, związany z wykazaniem zamawiającemu, posiadania odpowiedniej zdolności finansowej. W ocenie Izby odwołujący temu zadaniu nie sprostał. Zgodnie z interpretacją użytą w odwołaniu, odwołujący twierdził, że wartości limitów kredytowych świadczą o jego zdolności kredytowej, znacznie przekraczającej stawiany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek finansowy. Odwołujący twierdził, że skoro instytucje finansowe udzieliły mu produktów kredytowych w takich wartościach, to taką zdolność kredytową posiada.

Interpretacja ta jest jednak, w ocenie Izby, błędna. Posiadane produkty kredytowe (w tym kredyty oraz limity kredytowe) nie świadczą o zdolności kredytowej bieżącej, czyli posiadanej w momencie ubiegania się o udzielenie zamówienia (w dacie wystawienia informacji przez bank), czyli że ma dostęp do środków niezbędnych do realizacji zamówienia. Tylko zdolność kredytowa bieżąca zapewnia, że w przypadku, kiedy wykonawcy realizujący przedmiotowe zamówienie nie dysponuje własnymi środkami pieniężnymi, to zwróci się do instytucji finansowej i pomimo posiadanych już produktów kredytowych otrzyma kredyt zapewniający płynność finansową inwestycji. Jak słusznie wskazał zamawiający, każdy posiadany produkt kredytowy, czy to w postaci kredytu, linii kredytowej, karty kredytowej itp. obniża zdolność kredytową wykonawcy. Produkty kredytowe są środkami finansowymi obcymi, które należy oddać w określonym czasie wraz z odsetkami. Więc błędem jest twierdzenie i argumentacja odwołującego, iż posiadanie produktów kredytowych o wartościach znacznie przekraczających stawiany w s.i.w.z. próg, świadczy o jego zdolności kredytowej.

Produkty kredytowe w postaci limitów kredytowych oraz linii kredytowych mogą natomiast być brane pod uwagę w ocenie ilości środków finansowych, jakimi dysponuje wykonawca. Warunkiem do prawidłowej oceny tej ilości jest przedłożenie przez wykonawcę informacji nie tylko mówiącej o dostępnym limicie, w ramach którego wykonawca może się zadłużać, ale także informacji mówiącej o stopniu wykorzystania limitu lub o środkach pozostałych do wykorzystania. Pod warunkiem jednak, że kredyt, którym legitymuje się wykonawca, nie został udzielony na konkretny cel - co oznaczało będzie, iż nie ma możliwości skorzystania

ze środków w ramach tego instrumentu finansowego na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie dokumentów. W odpowiedzi odwołujący przekazał uzupełnioną informację BANKIA oraz cztery dodatkowe oświadczenia bankowe z innych instytucji: BBVA, Sabadell, Banesto, La Caixa.

Z uzupełnienia oświadczenia BANKIA wynika, iż wyszczególniona w pkt. b) oświadczenia załączonego do oferty, linia kredytowa o limicie 117.000.000,00 euro na realizację projektów zagranicznych jest wykorzystana prawie w całości, a dostępne w ramach linii środki wynoszą zaledwie 2.838.013,39 euro.

Pozostałe, nowe oświadczenia z banków, zawierały informacje o dostępnych środkach oraz dostępnych limitach kredytowych, natomiast trzy z tych dokumentów BBVA, Sabadell, Banesto, nie zawierały informacji o stopniu wykorzystania limitów lub środkach do dyspozycji. Z tego względu, że żadne z tych zaświadczeń nie zawierało informacji na temat zdolności kredytowej posiadanej na dzień wystawienia zaświadczeń (odwołujący wykazał jedynie linie kredytowe, którymi dysponuje), zamawiający wyliczył wartość wykazanych środków finansowych na rachunkach wykonawcy oraz wartość środków do dyspozycji w ramach dostępnych limitów i linii kredytowych.

Nawet przy wliczeniu środków dostępnych w ramach limitu z pkt. b) oświadczenia BANKIA 2.838.013,39 euro, czyli dotyczących bliżej nieokreślonej grupy firm, odwołujący nie spełnia warunku finansowego opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem z wymaganego minimalnego pułapu określonego przez zamawiającego w wysokości 90.000.000,00 PLN, odwołujący wykazał jedynie 70.968.908,21 PLN.

Jak wynika z powyższego, możliwe do uzyskania jest zaświadczenie z banku, w którym bank potwierdzi dostępność określonych środków finansowych w przyznanym limitach kredytowych. Dlatego też Izba za niezasadne uznała stanowisko odwołującego, jakoby nie ma on wpływu na treść zaświadczeń wystawianych przez banki. Skoro bowiem jest „starym” i znaczącym klientem tych instytucji, to ma możliwość, przy odpowiednim sformułowaniu treści zapytania, pozyskać informację, która w konsekwencji stanowiłaby wypełnienie żądań polskiego ustawodawcy.

W związku z powyższym, Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo dokonał czynności wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji, za niezasadny Izba uznała również zarzut alternatywny, dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 oraz art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez odmowę udostępnienia protokołów posiedzeń komisji przetargowej

i uznanie, że nie stanowią one załączników do protokołu postępowania, Izba uznała za niezasadny.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający na rozprawie oświadczył, iż w trakcie prowadzonego postępowania, nie były sporządzane żadne protokoły z posiedzeń komisji przetargowej, jak też nie były sporządzane żadne notatki służbowe. Okoliczności przeciwnej odwołujący nie wskazał. Stanowisko odwołującego, na które powołuje się w odwołaniu, a mianowicie odpowiedź zamawiającego z 26 września 2013 roku, nie może być brane pod uwagę ze względu na treść udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi. Zamawiający bowiem odpowiadając na wniosek odwołującego stwierdził, że *„protokoły posiedzeń komisji przetargowej oraz inne notatki członków komisji przetargowej nie stanowią załączników do protokołu postępowania i nie podlegają udostępnieniu ...”*. Zamawiający nie potwierdził tym samym, że nie udostępni wnioskowanych dokumentów, a jedynie ogólnie przedstawił stanowisko, że tego typu dokumenty nie stanowią załączników do protokołu i nie podlegają udostępnieniu.

Z uwagi na okoliczność, iż zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Inżynieria Rzeszów, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, wraz z zarzutem alternatywnym dotyczącym naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zostały postawione przez obydwu odwołujących (KIO 2302/13 i KIO 2314/13), Izba postanowiła łącznie odnieść się do tych zarzutów.

Zamawiający w punkcie 5.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w ten sposób, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, roboty budowlane polegające na budowie kanału/kolektora, o średnicy co najmniej 2,0 m i o łącznej długości co najmniej 1,5 km metodą mikrotunelingu (w ramach jednego lub kilku zamówień).

W celu wykazania spełniania tego warunku, konsorcjum Inżynieria Rzeszów przedstawiło „Wykaz wykonanych zamówień (robót budowlanych)” zawierający opis 71 robót budowlanych, wraz z załączeniem „referencji” dotyczących najważniejszych robót.

Zdaniem odwołującego, czemu zamawiający nie zaprzeczył, spośród wskazanych przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów 71 robót budowlanych, opis tylko jednej roboty budowlanej (roboty wskazanej pod poz. nr 1 wykazu robót) wydaje się spełniać warunek postawiony przez zamawiającego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Pod poz. nr 1 wykazu robót, konsorcjum Inżynieria Rzeszów opisało robotę budowlaną „wykonaną” przez podmiot trzeci udostępniający konsorcjum Inżynieria Rzeszów zasoby - MTS Perforator GmbH z siedzibą w Valluhm (Republika Federalna Niemiec), na rzecz Winslow Infrastructure o nazwie „Sandgate Stage 1 dla Water and the Pipelines Alliance w Melbourne”, polegającą na „wykonaniu kanału o długości 1,5 kilometra i średnicy 3 metry metodą mikrotunelingu”. Z treści „referencji” odnoszącej się do przedmiotowej roboty budowlanej wystawionej przez Winslow Infrastructure, wynika, że „producent urządzeń do mikrotunelowania MTS Perforator, wykonał 1500 metrów wykopów o średnicy 3 metrów z użyciem systemu mikrotunelowania.”

Na dowód, iż treść tłumaczonych przez wykonawcę referencji, zgodna jest z rzeczywistością i odpowiada prawdzie, przystępujący konsorcjum Inżynieria Rzeszów złożył dowód w postaci tłumaczenia referencji przez tłumacza przysięgłego.

Odwołujący wskazał, że z powszechnie dostępnych materiałów, zamieszczonych na oficjalnej stronie internetowej podmiotu udostępniającego doświadczenie tj. spółki MTS Perforator GmbH, która jest znanym producentem urządzeń do mikrotunelowania wynika, że MTS Perforator GmbH, w ramach przedsięwzięcia polegającego na budowie kanału o długości 1 500 metodą mikrotunelingu, którego ostatecznym zlecającym był podmiot zarządzający siecią wodociągowo-kanalizacyjną „Melbourne Water” był jedynie dostawcą odpowiedniego sprzętu niezbędnego do wykonania robót metodą mikrotunelingu, a nie wykonawcą tych robót. Wbrew informacjom zawartym w treści oferty, inwestycja Melbourne Water realizowana była przez Generalnego Wykonawcę: Capacity JV, Jaydo and Fulton Hogan (constructor), który w zakresie realizacji kanału korzystał z podwykonawcy Winslow, który to zrealizował zadanie przy użyciu urządzeń MTS Perforator GmbH.

W odniesieniu do tego przedsięwzięcia budowlanego, w wykazie zrealizowanych projektów, zamieszczonym na stronie internetowej MTS Perforator GmbH, wskazano, że zakres odpowiedzialności MTS Perforator GmbH sprowadzał się do wyprodukowania sprzętu („manufacturing”). Należy wskazać, że w odniesieniu do innych przedsięwzięć budowlanych wedle tego samego wykazu MTS Perforator GmbH wykonywał szersze czynności np. pełnienie nadzoru technicznego („technical supervision”, zarządzanie projektem („project management”) czy projektowanie („design engineering”), co jednoznacznie wskazuje, że w tym projekcie rola MTS Perforator GmbH ograniczona była do udostępnienia sprzętu.

Zdaniem odwołującego, istotne jest to, że w przypadku żadnej realizacji MTS Perforator GmbH nie wskazuje, że był on odpowiedzialny za realizację robót budowlanych. Jest to zgodne z zakresem działalności ww. podmiotu, który jest producentem wysoko specjalistycznego sprzętu, a ponadto udziela wsparcia technicznego i konsultacji przy realizacji robót z użyciem urządzeń MTS, ale nie jest wykonawcą robót budowlanych. W ocenie odwołującego, „pisemne zobowiązanie” MTS Perforator GmbH, byłoby konsorcjum

Inżynieria Rzeszów przydatne, ale tylko wówczas, gdyby zamawiający sformułował w s.i.w.z. warunek dotyczący dysponowania sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia.

Mając na uwadze okoliczność, że rola podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenie tj. MTS Perforator GmbH w przedmiotowym przedsięwzięciu budowlanym w Melbourne, była powszechnie znana w środowisku branżowym (choćby w tego powodu, że przedsięwzięcie to otrzymało tytuł Projektu Instalacyjnego ASTT roku 2011 „ASTT Installation Project of the Year 2011”) i jest szeroko opisywane w portalach branżowych należy wskazać, że złożenie przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów informacji o wykonywaniu robót budowlanych polegających na wykonaniu kanału metodą mikrotunelingu przez MTS Perforator GmbH, nastąpiło co najmniej w zamiarze ewentualnym, w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto, wobec braku wykazania przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów, innych robót budowlanych spełniających warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, przedłożenie przedmiotowych informacji miało wpływ na wynik postępowania, gdyż w wyniku ich wykorzystania oferta konsorcjum Inżynieria Rzeszów została uznana za najkorzystniejszą.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu złożenia przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, odwołujący podniósł, że konsorcjum Inżynieria Rzeszów, nie wykazało spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w związku z czym konsorcjum Inżynieria Rzeszów powinno zostać wezwane przez zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia stosownych oświadczeń i dokumentów.

Analogiczną argumentację powołując się na te same okoliczności, powołał w swoim uzasadnieniu odwołujący konsorcjum IDS-Bud, rozszerzając swoją argumentację o wątek związany z przekazaniem wiedzy i doświadczenia przez MTS Performator – Inżynierii Rzeszów, o czym Izba wypowie się w dalszej części uzasadnienia.

Odwołujący konsorcjum Aldesa, na rozprawie przedłożył materiał dowodowy w postaci pisma z firmy Melbourne Water, korespondencji e-mail prowadzonej pomiędzy odwołującym, a firmą Winslow Infrastructure, wydruków ze stron internetowych – pisma branżowego dotyczącego przedmiotowej inwestycji oraz firmy MTS Perforator.

W ocenie Izby, żaden z przedłożonych dokumentów nie potwierdza słuszności stawianego zarzutu. Z dokumentów tych dowiadujemy się bowiem o skomplikowanym charakterze inwestycji, jej prawidłowym wykonaniu i otrzymaniu prestiżowej nagrody. Z treści złożonych dokumentów wynika także, że spółka MTS Perforator brała udział w realizacji tej inwestycji oraz że dostarczyła maszyny TBM. Z żadnego przedłożonego dokumentu nie wynika, że firma MTS Perforator nie wykonywała robót budowlanych polegających na wykonaniu wykopu metodą mikrotunelingu, która to z kolei okoliczność bezspornie

wynika z treści referencji wystawionych przez firmę Winslow Infrastructure dla MTS Perforator.

Wskazać należy, że odwołujący konsorcjum IDS-Bud nie przedstawił żadnego dowodu.

Treść referencji jest następująca, cyt. *„Do wszystkich zainteresowanych. Winslow Infrastructure niniejszym potwierdza, że producent urządzeń do mikrotunelowania MTSperforator, z siedzibą w Valluhn, Niemcy, wykonał 1500 metrów wykopów o średnicy 3m z użyciem systemu mikrotunelowania MTS2500L4 w ramach następującego projektu: Sandgate Stage 1 - dla Water and the Pipelines Alliance w Melbourne. Prace w ramach tego projektu prowadzono w Melbourne, w Australii, w 2010 roku. Ponadto oświadczamy, że prace te zostały wykonane w sposób profesjonalny i zgodnie z założeniami projektu.”*

Izba stwierdziła, że żaden z odwołujących się wykonawców nie przedstawił dowodu, który obaliby twierdzenia wynikające z treści ww. referencji. Odwołujący podważając możliwość wykonania roboty budowlanej przez firmę MTS Perforator opierają się jedynie na domysłach i dotychczasowym doświadczeniu firmy, nie biorąc pod uwagę możliwości specyfiki tego zamówienia i możliwości innego niż standardowe wykonania tego zlecenia przez MTS Perforator. W szczególności odwołujący nie przedstawili umowy, która wiązała te dwa podmioty, a z której ostatecznie mógłby wynikać stosunek zobowiązaniowy wiążący strony. W końcu, z umowy, mógłby wynikać zakres prac powierzonych przez Winslow spółce MTS. Jako, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a odwołujący żadnych wiarygodnych dowodów nie przedstawili (odwołujący IDS-Bud nie przedstawił żadnego dowodu), zarzuty w tym zakresie uznać należało za bezzasadne.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 29 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 881/13, cyt. *„Jak wynika z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością. W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle powoływanych wyżej przepisów, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić. Za ugruntowany i trafny*

należy uznać wyrażony w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości. Ponadto w najnowszym orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami wykonawców w tym zakresie i przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12).”.

W związku z powyższym alternatywny zarzut, naruszenia art. 26 ust 3 ustawy na skutek zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów jest nietrafny. Przedstawione przez przystępującego informacje są wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, tym samym brak jest obowiązku, po stronie zamawiającego do wzywania konsorcjum Inżynieria Rzeszów do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.

Odnosząc się zaś do wcześniej wskazywanego zarzutu odwołującego konsorcjum IDS-Bud dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie do wezwania konsorcjum Inżynieria Rzeszów do wyjaśnień w zakresie sposobu, w jaki dojdzie do przekazania wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego MTS Perforator GmbH konsorcjum Inżynieria Rzeszów, Izba stwierdziła co następuje.

Konsorcjum Inżynieria Rzeszów, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia posłużył się zobowiązaniem podmiotu trzeciego, tj. MTS Perforator GmbH. Udostępniający swoje zasoby podmiot oświadczył, iż cyt. *„Oświadczam(y), że Zobowiązujemy się do udostępnienia Wykonawcy tj. Konsorcjum firm: INŻYNIERIA - BESTA -SACK-ABIKORP reprezentowanemu przez Inżynieria Rzeszów S.A. posiadanej wiedzy i doświadczenia, w celu spełnienia warunków wymaganych przez Zamawiającego tj.: wykazania się posiadaniem wiedzy i doświadczenia: Wykonawca wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, roboty budowlane polegające na budowie kanału/kolektora, o średnicy co najmniej 2,0 m i o łącznej długości co najmniej 1,5 km metodą mikrotunelingu (w ramach jednego lub kilku zamówień); poprzez występowanie w części realizacji zadania w charakterze konsultacyjno - doradczym w zakresie posiadanego doświadczenia przez cały okres realizacji zadania pn.: „Budowa Kolektora Burakowskiego "Bis" w ulicy Marymonckiej na odcinku ul. Żeromskiego - Trasa Mostu Północnego". Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: 02467/WK/PW/JRP-T2/B/2013 w przypadku wygrania przetargu oraz podpisania przez Wykonawcę tj.*

Konsorcjum firm: INŻYNIERIA - BESTA-SACK umowy na realizację robót objętych przedmiotowym przetargiem.”.

W ocenie odwołującego określony przez MTS Perforator GmbH w „Zobowiązaniu do współpracy” sposób przekazania udostępnianych zasobów nie gwarantuje skutecznego transferu wiedzy i doświadczenia. Zweryfikowanie przez zamawiającego czy wykonawca, który sam nie dysponuje niezbędną wiedzą i doświadczeniem, będzie miał faktyczną możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy realizacji zamówienia jest niezwykle istotne, zwłaszcza w świetle wprowadzonego nowelizacją ust. 5 w art. 22 ustawy stanowiącego, że warunki udziału oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający zatem badając możliwość skorzystania przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu w istocie bada spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a tym samym weryfikuje czy dany wykonawca będzie w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie. W doktrynie i w orzecznictwie KIO powszechnie przyjmuje się, iż konieczne jest wykazanie realności udostępnienia zasobu, a takie udostępnienie nie może mieć charakteru fikcyjnego, prezentowanego wyłącznie w celu formalnego spełnienia wymagań zamawiającego. Ponadto przyjmuje się, że ocena czy odpowiednio udowodniono dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego powinna być zindywidualizowana, dokonywana w odniesieniu do konkretnego przypadku, w szczególności wzięwszy pod uwagę specyfikę danego zasobu, który ma być przekazany - i to nie tylko w odniesieniu do tego czy chodzi o wiedzę i doświadczenie czy o potencjał techniczny - tylko również w odniesieniu do „przedmiotu” wiedzy i doświadczenia, które mają być przekazane.

Odwołujący, co do zasady nie neguje możliwości przekazywania wiedzy i doświadczenia poprzez konsultacje czy doradztwo, jednakże w przedmiotowej sytuacji - gdy przedmiotem transferu ma być wiedza i doświadczenie w wykonywaniu tak specjalistycznych robót jak budowa kanału/kolektora - efektywne i rzeczywiste przekazanie wiedzy i doświadczenia może nastąpić wyłącznie poprzez uczestnictwo w realizacji istotnej części zamówienia w charakterze podwykonawcy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z treści powyższego oświadczenia – zobowiązania - wynika, że podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie pozyskaną w realizacji zadania określonego w referencji firmy Winslow, udostępnia ją konsorcjum Inżynieria Rzeszów i że w przypadku realizacji tego zadania (pozyskania zamówienia przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów) będzie brał udział w jego realizacji w charakterze konsultacyjno-doradczym.

Zdaniem Izby, samodzielne wykonanie prac nie różni się znacznie od charakteru przekazanej wiedzy w charakterze konsultacyjno-doradczym, albowiem i tak decydujące

znaczenie dla prawidłowego wykonania inwestycji będzie miała opinia specjalistów, konsultacje z gronem ekspertów. Samo wykonanie prac budowlanych, jak to wskazał przystępujący konsorcjum Inżynieria Rzeszów nie stanowi przeszkody w prawidłowej realizacji zamówienia, gdyż takie doświadczenie przystępujący posiada, gdyż realizował zadanie określone w poz. 3 wykazu. Kwestia większej średnicy mikrotunelowania i udostępniona w tym zakresie wiedza i doświadczenie spółki MTS pozwoli przystępującemu na właściwą realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego.

Tym samym Izba nie widzi konieczności zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, jednocześnie wskazując, że to na odwołującym spoczywa obowiązek dowodowy, któremu odwołujący nie podołał, albowiem odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż sposób przekazanej wiedzy i doświadczenia uniemożliwi prawidłowe wykonanie umowy.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego konsorcjum IDS-Bud, dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Inżynieria Rzeszów, mimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Inżynieria Rzeszów, mimo iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż budżet przewidziany przez zamawiającego na realizację przedmiotowego postępowania wynosi 296.136.549,83 zł. Natomiast oferta konsorcjum Inżynieria Rzeszów zawiera cenę: 238.492.080,00 zł. Powyższe obrazuje, iż oferta Inżynierii Rzeszów jest w ewidentny, rażący sposób niższa niż budżet określony przez zamawiającego. Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z uwzględnieniem opłat publicznoprawnych. Przystępujący Inżynieria Rzeszów przedłożył zamawiającemu odpowiedź na powyższe wezwanie. Treść wyjaśnień została zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego, niezależnie od zawartości wyjaśnień złożonych przez przystępującego Inżynieria Rzeszów, nie mogły one potwierdzić, iż oferta przystępującego Inżynieria Rzeszów nie zawiera ceny rażąco niskiej. Analiza przedmiotu zamówienia wskazuje na istnienie dwóch najbardziej cenotwórczych elementów, które stanowią: opłaty

z tytułu zajęcia terenu oraz materiały do wykonania kolektora dn 3000 (rury i kształtki).

Zasady naliczania opłat za zajęcie pasa drogowego dróg publicznych oraz wysokość stawek takich opłat regulują powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w szczególności stosowna uchwała Rady Miasta Stołecznego Warszawy. Zasady te i wysokość stawek są

zatem jednakowe dla wszystkich wykonawców. Jednakowy jest również zakres robót, który potencjalni wykonawcy będą musieli prowadzić w pasie drogowym w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę koszty z tego tytułu nie mogą być niższe niż 75 milionów złotych i nie jest prawdopodobne, aby którykolwiek z wykonawców miał możliwość poczynienia jakichkolwiek istotnych oszczędności w tym zakresie.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia kolektor winien być wykonany z rur GRP do mikrotunelowania spełniających wymagania podane w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót i projekcie wykonawczym branży technologii. Z uwagi na wysokie wymagania uzasadnione zapewne specyfiką przedmiotu zamówienia krąg dostawców mogących zaoferować tego typu materiał jest ograniczony. Co więcej, koszt wytworzenia, a tym samym zakupu tych rur jest bardzo wysoki i kształtuje się na poziomie 75 milionów złotych. W ocenie odwołującego nie jest możliwe pozyskanie wiarygodnej oferty odpowiadającej wymaganiom zamawiającego na niższym poziomie.

Biorąc pod uwagę powyższe, koszt wskazanych wyżej dwóch elementów przedmiotu zamówienia wynosi, co najmniej 150 milionów złotych (netto). Wykonawca Inżynieria Rzeszów zaoferowała wykonanie całości przedmiotu zamówienia za cenę netto 193 896 000 złotych. Oznacza to, iż na wykonanie pozostałych elementów przedmiotu zamówienia, w szczególności drażnienia kanału, umocnienia komór startowych, odbiorczych i pośrednich (ścianki szczelne, przepona jet-grounding, pale CFA), budowy komór żelbetowych wraz wyposażeniem, wykonania przebudów istniejącego uzbrojenia, (tj. kanalizacja sanitarna, kanalizacja deszczowa, wodociąg, sieć gazowa, sieć elektroenergetyczna, oświetlenia ulic, sieć teletechniczna), odtworzenie i przebudowa dróg (przebudowa ul. Marymonckiej w pełnym zakresie: jezdnia wschodnia i zachodnia na długości ok 3 km), odwodnienie wykopów, pozostaje kwota nie wyższa niż 44 miliony złotych. Kwota ta jest zdecydowanie niewystarczająca na pokrycie kosztów wykonania opisanego powyżej zakresu prac. W ocenie odwołującego minimalny poziom nakładów, które trzeba ponieść na wykonanie tych prac jest co najmniej dwukrotnie wyższy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut rażąco niskiej ceny jest nietrafny. W szczególności wskazać należy, że zarzut ten nie został poparty żadnymi dowodami. Wszelkie stwierdzenia odwołującego oparto na przypuszczeniach i jego własnej ocenie rzeczywistości. Z uwagi na okoliczność, iż przedmiotowe wyjaśnienia zostały skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa (o czym poniżej), Izba w dużym stopniu ogólności odniosła się do wskazywanych wyjaśnień.

Zamawiający wezwał przystępującego Inżynieria Rzeszów, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący Inżynieria Rzeszów przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia. Załączył także

dowody na poparcie swoich twierdzeń. Dowody te odnoszą się do istotnych składników cenotwórczych, które zdecydowały o możliwości zaoferowania takiej, a nie innej ceny. Załączono między innymi oferty cenowe oraz kalkulacje potwierdzające możliwość złożenia oferty z widniejącą w jej treści ceną. Nadto, Izba wskazuje, że sposób realizacji przedmiotu zamówienia, opisany przez przystępującego Inżyniera Rzeszów stanowi niejako *know-how* wykonawcy, gdyż zawiera rozwiązania inne, specyficzne tylko dla tego wykonawcy, których pozostali wykonawcy nie przewidzieli. Potwierdzeniem prawidłowości zaproponowanego rozwiązania jest dowód złożony na rozprawie przez zamawiającego, tj. opinia projektanta, który oceniając zaoferowane przez konsorcjum Inżyniera Rzeszów rozwiązanie, w pełni je zaakceptował stwierdzając, iż „(...) *Analiza kalkulacji kosztów zajęcia pasa drogowego wskazuje, że Wykonawca uwzględnił niezbędne koszty, jakie będzie musiał ponieść w związku z realizacją robót. Kalkulacja uwzględnia wszystkie komory robocze i technologiczne, zgodnie z dokumentacją projektową. Wykonawca uwzględnił, niezbędne powierzchnie pasa drogowego, których zajęcie będzie wymagane dla prawidłowego wykonania poszczególnych komór technologicznych i robót mikrotunelowych. Wielkości powierzchni zajęcia pasa drogowego są wystarczające dla zorganizowania placu budowy przy poszczególnych komorach, gdzie zmieszczą się materiały i sprzęt budowlany niezbędny do prowadzenia robót. Kalkulacja zakłada, że dodatkowe powierzchnie niezbędne dla zorganizowania placów magazynowych i zaplecza Wykonawcy będą zlokalizowane poza pasem drogowym. W kalkulacji uwzględniono wymagany czas dla budowy mikrotunelowych komór startowych i odbiorczych oraz docelowych komór technologicznych i pośrednich, zgodnie z technologią wykonania robót określoną w dokumentacji projektowej. (...).*”

Odwołujący dowodu przeciwnego nie złożył. Tym samym zarzut odwołującego należało uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Poprzez zaniechanie odtajnienia odpowiedzi konsorcjum Inżyniera Rzeszów, pomimo, iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez konsorcjum Inżyniera Rzeszów objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za bezzasadne.

Odwołujący wskazał, iż konsorcjum Inżyniera Rzeszów zastrzegło informacje znajdujące się w jego odpowiedziach, jako tajemnicę przedsiębiorstwa po to, aby inni wykonawcy nie mieli możliwości dokonania ich weryfikacji. Odwołujący wskazał, iż zamawiający zażądał wskazania kwoty, na jaką konsorcjum Inżyniera Rzeszów wyceniło opłaty publicznoprawne, a stawki i zasady naliczania opłat administracyjnych są regulowane powszechnie

obowiązującymi przepisami. W związku z powyższym zamawiający winien był ocenić wyjaśnienia złożone przez Inżynierię Rzeszów poprzez pryzmat tego, czy rzeczywiście są one informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności oraz powinien był odtajnić bądź całość wyjaśnień Inżynierii Rzeszów bądź tę część, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały skutecznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W zakres wyjaśnień wchodzi bowiem informacje techniczne, technologiczne oraz organizacyjne, a także inne informacje (handlowe), których upublicznienie mogłoby narazić na szkodę interes gospodarczy przystępującego Inżynieria Rzeszów. Zastrzeżenie wyjaśnień zostało wykonane zgodnie i w granicach obowiązującego prawa.

Wskazać należy, że zamawiający zbadał okoliczności zastrzeżenia i nie skorzystał z prawa do udostępnienia złożonych informacji do wiadomości publicznej. Zarzut jakoby zastrzeżenie wyjaśnień ceny, zostało dokonane wyłącznie w celu uniemożliwienia ich weryfikacji innym wykonawcom jest nietrafny. Zarówno zamawiający jak również przystępujący Inżynieria Rzeszów, zastosowali przysługujące im prawo w sposób niepozostający z tym prawem w sprzeczności. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający dokonał badania zastrzeżonych treści, a także zwrócił się do przystępującego o udzielenie stosownych wyjaśnień. Ocena tych wyjaśnień doprowadziła zamawiającego do wniosku, że informacje zostały zastrzeżone skutecznie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba stwierdziła, że treść wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a odtajnienie dokumentów mogłoby naruszyć interesy handlowe i gospodarcze tego wykonawcy. Nadto Izba wskazuje, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że w treści złożonych wyjaśnień, czy też załączonych do nich dowodów, znajdują się informacje publicznie dostępne, jawne, co do których każdy ma dostęp i może je pozyskać, co w konsekwencji mogłoby oznaczać, że zastrzeżenie poczynione przez przystępującego konsorcjum Inżynieria Rzeszów zostało poczynione z naruszeniem prawa.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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:

.....