

A. Sygn. akt: KIO 2050/11

B. Sygn. akt: KIO 2066/11

WYROK
z dnia 6 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23.09.2011 r. przez Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) w Madrycie, Hiszpania (sygn. akt: KIO 2050/11),

B. w dniu 23.09.2011 r. przez Sprint S.A. w Olsztynie (sygn. akt: KIO 2066/11),
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Miasto Lublin,

przy udziale:

A. a) Enerchan Sp. z o.o. w Lublinie,

b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UTI Traffic Management S.A. w Bukareszcie, Rumunia, UTI Grup S.A. w Bukareszcie, Rumunia i Grupa UTI Polska Sp. z o.o. w Warszawie

- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2050/11 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UTI Traffic Management S.A. w Bukareszcie, Rumunia, UTI Grup S.A. w Bukareszcie, Rumunia i Grupa UTI Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2066/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

A w sprawie o sygn. akt KIO 2050/11:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Gminie Miasto Lublin unieważnienie czynności wykluczenia Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) w Madrycie,

1

Hiszpania z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wykonanie Zintegrowanego Systemu Miejskiego Transportu Publicznego - Zaprojektowanie i Budowa Systemu Zarządzania Ruchem w Lublinie w ramach zadania pt. "Zintegrowany System Miejskiego Transportu Publicznego w Lublinie" współfinansowanego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007 – 2013 oraz powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Lublin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) w Madrycie, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Gminy Miasto Lublin na rzecz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) w Madrycie, Hiszpania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

B. w sprawie o sygn. akt KIO 2066/11:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Sprint S.A. w Olsztynie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sprint S.A. w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 2050/11

Sygn. akt: KIO 2066/11

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Lublin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie Zintegrowanego Systemu Miejskiego Transportu Publicznego - Zaprojektowanie i Budowa Systemu Zarządzania Ruchem w Lublinie w ramach zadania pt. "Zintegrowany System Miejskiego Transportu Publicznego w Lublinie" współfinansowanego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007 – 2013. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 30.03.2011 r. w Dz. U. UE pod nr 2011/S 62-100301.

W dniu 14.09.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UTI Traffic Management S.A. w Bukareszcie, Rumunia, UTI Grup S.A. w Bukareszcie, Rumunia i Grupa UTI Polska Sp. z o.o. w Warszawie (zwanej dalej „Konsorcjum UTI”) jako najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (zwanych dalej „ACISA”) z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania osobą/osobami, która będzie/będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, określonych w pkt 5.1.3 i n. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz): C. 5.4.2.1. Kierownikiem Projektu - przy czym osoba ta musi posiadać wykształcenie wyższe techniczne w zakresie inżynierii oprogramowania, minimum 7 letnie doświadczenie zawodowe, w tym co najmniej 3 lata doświadczenia w pełnieniu

3

funkcji Kierownika Projektu w zakresie prowadzenia projektów informatycznych i wdrażania systemów aplikacyjnych;

D. 5.4.2.2. Architektem - przy czym osoba ta musi posiadać wykształcenie wyższe techniczne w zakresie inżynierii oprogramowania, certyfikat Certified IT Architect Open Group lub równoważny oraz doświadczenie w roli głównego architekta w minimum 2 projektach opartych o architekturę SOA;

Tymczasem wykonawca pierwotnie w ofercie wykazał Pana Mateo Z. A. jako Kierownika projektu i Panią Elisę Martinez De U. A.

Zamawiający w dniu 01.08.2011 r. zwrócił się o wyjaśnienie w przedmiocie przedstawionego wykazu osób. W odpowiedzi na powyższe wykonawca oświadczył, iż ww. osoby nie będą mogły uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i na ich miejsce wskazał odpowiednio pana Davida Garcia F. i pana Juana Jose R.

W związku z czym zamawiający uznał, iż wykonawca nie załączył wymaganego w siwz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zwrócił się do wykonawcy pismem z dnia 29.09.2011 r. z prośbą o złożenie powyższego wykazu osób, z wyraźnym zaznaczeniem, że złożone na wezwanie dokumenty winny potwierdzać wykazanie spełniania warunków

udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert, tj. 28.06.2011 r. W odpowiedzi na powyższe wykonawca złożył wykaz osób datowany na dzień 01.09.2011 r. Z treści wykazu nie wynika, że potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Nie nawiązuje w swej treści do tego momentu. Powyższego, tj. spełniania warunków udziału w zakresie osób w dniu składania ofert, nie potwierdzały zadaniem zamawiającego ani oferta, ani wyjaśnienia, ani uzupełnienia przedłożone przez wykonawcę – wbrew dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp.

Sygn. akt: KIO 2050/11

W dniu 23.09.2011 r. ACISA wniosła odwołanie wobec ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez nieuprawnione wykluczenie ACISA z postępowania, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”).

4

W związku z czym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, ustalenia, iż wykazał on spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz dokonania oceny i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

I. W Wykazie osób dołączonym do oferty ACISA wskazała na stanowisko Kierownika Projektu Pana Mateo Z. A. a na stanowisko Architekta Panią Elisa Martinez De U. A.. Pismem z dnia 1 sierpnia 2011 roku Zamawiający wezwał ACISA do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia.

W odpowiedzi na to pismo ACISA skierowała do Zamawiającego dokument, w którym stwierdziła m.in.: „...oświadczamy że: Pan Mateo Z. A. jako Kierownik Projektu, oraz Pani Elisa Martinez De U. A. jako Architekt nie będą mogli uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

W miejsce tych osób wykonawca przedstawia dwóch pracowników firmy ACISA w osobach Pana David Garda F. jako Kierownika Projektu oraz Pana Juan Jose R. jako Architekta.

Jednocześnie wykonawca oświadcza, że Pan David Garcia F. posiada wykształcenie jako Inżynier informatyk ze specjalnością w Inżynierii oprogramowania, natomiast Pan Juan Jose R. posiada wykształcenie jako Inżynier informatyk ze specjalnością w Inżynierii oprogramowania i systemach fizycznych. Osoby te jednocześnie posiadają wystarczające doświadczenie zawodowe potrzebne do wykonania zamówienia...”

W załączeniu do ww. pisma Wykonawca przedłożył Zamawiającemu Curriculum Vitae oraz dyplomy obydwu ww. osób.

Co istotne, z treści dokumentów przedłożonych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z 1 sierpnia wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że Pan David Garcia F. oraz Pan Juan Jose R:

E. są pracownikami ACISA (vide treść cytowanego wyżej pisma ACISA);

F. Pan David Garcia F. jest pracownikiem ACISA od roku 2000 (vide CV, strona 1);

5

G. Pan Juan Jose R. jest pracownikiem ACISA od stycznia 2001 (vide CV, strona 2);

H. spełniają wymagania stawiane kandydatom na stanowiska Kierownika Projektu oraz Architekta w pkt 5.4.2.1. i pkt 5.4.2.2.SIWZ, zarówno dotyczące wykształcenia, jak i doświadczenia zawodowego;

Następnie, pismem z dnia 29 sierpnia 2011 roku Zamawiający wezwał ACISA do

uzupełnień, stwierdzając, że ACISA nie przedstawiła Wykazu osób w zakresie osób, o których mowa w pkt 5.4.2.1. i pkt 5.4.2.2. SIWZ. W odpowiedzi na to pismo Odwołujący przekazał Zamawiającemu „wykaz osób” opatrzony datą 1 września 2011 roku, a więc datą jego sporządzenia.

II. Jak wynika przedstawionego wyżej stanu faktycznego, w ocenie odwołującego, pozbawione podstaw jest twierdzenie zawarte w informacji o wyniku postępowania, że: „...Ani dołączony do oferty wykaz osób, ani wyjaśnienia przedłożone przez Wykonawcę w wyniku wezwania do wyjaśnienia rozbieżności, ani dokument złożony w wyniku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób nie potwierdzają, iż w dniu składania ofert Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu...” Otóż z ww. dokumentów (wyjaśnienia wraz z załącznikami oraz uzupełniony Wykaz usług) wynika w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości, że ACISA spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i spełniała te warunki w dniu upływu terminu składania ofert. W szczególności wynika z tych dokumentów, że osoby proponowane na stanowisko Kierownika Projektu oraz Architekta są pracownikami ACISA od roku 2000 (Pan David Garcia F.) lub od stycznia 2001 (Pan Juan Jose R.). Zatem twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu na dzień składania ofert jest niewłaściwe, opiera się na nierzetelnej analizie dokumentów złożonych w Postępowaniu przez Odwołującego. Nie można w szczególności czynić Odwołującemu zarzutu z tego powodu, że opatrzył uzupełniony w dniu 2 września 2011 roku Wykaz osób rzeczywistą datą jego sporządzenia, zwłaszcza że opatrzenie dokumentu składanego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego datą inną, niż faktyczna data jego sporządzenia stanowi czyn zagrożony odpowiedzialnością karną. Fakt, że uzupełniany dokument może mieć datę przypadającą po upływie terminu składania ofert potwierdza orzecznictwo (np. KIO/UZP 845/09, gdzie wskazano: „To nie data samego

6

dokumentu jest w tym przypadku kluczowa, ale to, na jaki dzień aktualne są informacje w nim zawarte.”).

Odwołujący nie zamieścił także na uzupełnionym Wykazie osób adnotacji potwierdzającej, że dysponuje ww. osobami jak pracownikami od odpowiednio 2000 i 2001 roku, gdyż taka adnotacja była zbędna, niepotrzebna, jako że powtarzałaby ona informację, którą Zamawiający posiadał (vide wyjaśnienia oraz załączone doń CV).

III. W przedmiotowym stanie faktycznym ACISA potwierdziła Zamawiającemu spełnianie warunków udziału w Postępowaniu już piśmie, stanowiącym odpowiedź na wezwanie z dnia 1 sierpnia 2011 roku. Już ze złożonych wówczas wyjaśnień wynika niezbicie, że Wykonawca spełnia sporne warunki udziału w zakresie potencjału kadrowego. Nie ma przy tym znaczenia, czy informacje potwierdzające spełnianie warunku zostały przedstawione przez ACISA w formie tabelarycznej, czy też w formie innego dokumentu (oświadczenie oraz CV).

Pzp, ani akty wykonawcze do tej ustawy nie zawierają regulacji, jaką formę przybrać ma „wykaz osób”, o którym mowa w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Tabelaryczna forma tego wykazu to forma stosowana zwyczajowo, ale nie jedyna prawnie dopuszczalna a postawą uznania przez Zamawiającego, że wykonawca spełnia albo nie spełnia warunków udziału w postępowaniu musi być merytoryczna zawartość przedłożonych w Postępowaniu dokumentów a nie ich układ graficzny.

W tym kontekście wezwanie ACISA do uzupełnienia Wykazu osób było czynnością zbędną, której wykonanie nie może powodować żadnych negatywnych konsekwencji dla ACISA. W dniu, w którym Zamawiający skierował do ACISA wezwanie o uzupełnienie dysponował on już wszystkimi informacjami pozwalającymi mu na stwierdzenie, że ACISA wykazała spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

IV. Ponadto według odwołującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, to jednak formalizm ten nie jest celem samym w sobie, lecz ma zabezpieczyć realizację naczelných zasad udzielania zamówień publicznych.

Celem art. 26 ust. 3 in fine Pzp jest zabezpieczenie zasady równego traktowania

wykonawców, co dokonuje się poprzez nakaz dokonywania oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu wg tej samej daty, w stosunku do

7

wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu. W stanie faktycznym niniejszego postępowania Zamawiający uzyskał od Odwołującego, w formie i trybie prawem przewidzianym, dokumenty pozwalające mu na ustalenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu na dzień, w którym upływał termin składania ofert. Bez znaczenia jest tu data zamieszczona na dokumencie pt. „wykaz osób” uzupełnionym w dniu 2 września 2011 roku.

Sygn. akt: KIO 2066/11

W dniu 24.09.2011 r. Sprint S.A. w Olsztynie (dalej „Sprint”) wniosła odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z przedmiotowego postępowania Konsorcjum UTI, co w jej ocenie stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o wykluczenie z postępowania Konsorcjum UTI z uwagi na brak wykazania przez Konsorcjum UTI spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

I. Zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - pkt 5.1, Zamawiający przewidział, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi spełnić m.in. warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej. Natomiast zgodnie z postanowieniem pkt. 5.4.3. SIWZ w tym zakresie wykonawcy muszą wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 4 000 000 zł.

Konsorcjum UTI nie wykazało spełnienia tego warunku. Na stronach numer od 391 do 401 oferty UTI zostały złożone oświadczenia banków Raiffeisen BANK oraz OTP Bank ogólnie odnoszące się do posiadania przez spółki Konsorcjum UTI rachunków bankowych, wypełnianiu dotychczasowych zobowiązań wobec banku i potencjalnej warunkowej możliwości wystąpienia o kredyt. Niemniej jednak z żadnego z tych dokumentów nie wynika, aby którakolwiek ze Spółek wchodzących w skład

8

Konsorcjum UTI posiadała określoną zdolność kredytową. Śladem ze złożonych dokumentów nie potwierdza też, aby którakolwiek ze spółek UTI posiadała wolne środki finansowe.

W efekcie należy uznać, że w tym zakresie Konsorcjum UTI nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca ten podlegał wykluczeniu na gruncie postanowienia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

II. W pkt. 6 SIWZ zawarto wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie w podpunkcie 6.6.4. SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają złożyć aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Natomiast zgodnie z punktem 6.9. SIWZ jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o

których mowa m.in. w pkt. 6.6.4. SIWZ (zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami ZUS i ubezpieczenie zdrowotne) wykonawca jest obowiązany złożyć dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające że (punkt 6.9.1.2. SIWZ) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z postanowieniem punktu 6.11 oraz 6.11.2 SIWZ przedmiotowe zaświadczenie winien złożyć każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o Zamówienie. Tymczasem członek Konsorcjum UTI spółka UTI Traffic Management S.A. nie złożyła dokumentu, który odniósłby się do składek na ubezpieczenie zdrowotne lub

9

społeczne i stwierdzał, że UTI Traffic Management S.A. nie posiada zaległości w tym względzie. Tym samym nie został spełniony wymóg wykazania przez Konsorcjum UTI braku przesłanki wykluczenia z postępowania. Z tej przyczyny Wykonawca ten podlegał wykluczeniu na gruncie postanowienia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przedłożonej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Sygn. akt: KIO 2050/11

W pkt 5.4.2.1-2 siwz zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu wymagał od wykonawców wykazania się dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – Kierownikiem Projektu i Architektem o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu.

W pkt 6.2.2 siwz w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wymagano przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.

Do oferty ACISA załączono Wykaz osób, w którym na powyższe stanowiska wskazano odpowiednio pana Mateo Z. A. i panią Elisę Martinez De U. A.

W dniu 01.08.2011 r. zamawiający zwrócił się do ACISA o wyjaśnienia odnośnie wskazywanych w ofercie pana Mateo Z. A. jako Kierownika Projektu i panią Elisę Martinez De U. A. jako kierownika projektu (ich kwalifikacji).

W piśmie z dnia 08.08.2011 r. ACISA wyjaśniła, iż wyżej wymienione osoby nie będą mogły uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i w ich miejsce odpowiednio przedstawiono pana Davida G. F. i pana Juana Jose R.. Do wyjaśnień załączono CV ww. osób, w których zawarto informacje na temat ich aktualnego i długoletniego, nieprzerwanego zatrudnienia u wykonawcy.

1

Pismem z dnia 26.08.2011 r. zamawiający powołując się na art. 26 ust. 3 Pzp wezwał ACISA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 6.2.2 siwz, tj. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, a więc osób wskazanych w pkt 5.4.2 siwz: Kierownika projektu i Architekta. Powołując się przy tym na braki w wykształceniu osób pierwotnie wskazanych oraz na fakt ich wymiany w wyjaśnieniach z dnia 08.08.2011 r. i wyprowadzając z tego konkluzję, iż wykaz osób

nie został przedstawiony.

Pismem z dnia 01.09.2011 r. ACISA uzupełniła ww. wykaz przedstawiając go w formie tabelarycznej - opatrzony datą 01.09.2011 r. W uzupełnionym wykazie wskazano te same osoby, co w wyjaśnieniach z dnia 08.08.2011 r.

Sygn. akt: KIO 2066/11

Brzmienie adekwatnych postanowień siwz zostało zgodnie z rzeczywistością przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Do oferty Konsorcjum UTI (str. 391) załączono „List referencyjny” wystawiony dla UTI Traffic Management S.A. w Bukareszcie przez Raiffeisen Bank S.A., w którym stwierdzono, iż w związku z (following) pozytywną oceną banku i po złożeniu niezbędnej dokumentacji spółka ta może otrzymać linię kredytową w wysokości 1 000 000 euro, a także „List referencyjny” o analogicznej treści wystawiony dla UTI Grup S.A. w Bukareszcie przez Raiffeisen Bank S.A. na kwotę 500 000 euro (str. 395). Ponadto do oferty Konsorcjum UTI (str. 399) załączono „List referencyjny” wystawiony dla UTI Traffic Management S.A. w Bukareszcie przez OTP Bank Romania S.A., w którym potwierdzono przydzielenie ww. spółce limitu kredytowego pieniężnego w wysokości 400 000 euro.

Do oferty Konsorcjum UTI (str. 139-143) załączono zaświadczenie z Urzędu Skarbowego Dużych Podatników (Krajowa Agencja Administracji Skarbowej, Ministerstwo Finansów Publicznych) dla UTI GRUP S.A., w którym w tabeli A,

1

wiersze 2 i 3 – ubezpieczenia społeczne do budżetu państwa i ubezpieczenia zdrowotne, wskazano, że nie ma żadnych zaległości płatniczych.

Do oferty Konsorcjum UTI (str. 126-129) załączono zaświadczenie z Urzędu Finansów Publicznych Miasta Stołecznego Bukareszt (Krajowa Agencja Administracji Skarbowej, Ministerstwo Finansów Publicznych, Administracja finansów publicznych dla płatników średnich miasta stołecznego Bukareszt) dla UTI Traffic Management S.A., w którym w tabeli A ogólnie wskazano, iż brak nieuregulowanych płatności na rzecz skarbu państwa.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż według dyspozycji art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
2. posiadania wiedzy i doświadczenia;
3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Warunki, o których mowa powyżej opisuje zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy. Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Ponadto przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 stanowi, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków

1

udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

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

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Natomiast zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Katalog dokumentów, o których mowa powyżej określają przepisy wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 Pzp 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).

I tak według przepisu § 1 pkt 6 ww. rozporządzenia w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy zamawiający może żądać od wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji

zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Natomiast pkt 9 § 1 rozporządzenia mówi o możliwości żądania informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;

Ponadto zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Przy czym w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia wskazano, iż w przypadku gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 Pzp nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo

że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Formę składania ww. dokumentów określa przepis § 6 ust. 1 rozporządzenia gdzie stanowi się, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

1

Wyżej przytoczone przepisy dotyczą podmiotowej kwalifikacji wykonawcy, jako zdolnego i uprawnionego do ubiegania się o zamówienie publiczne. Natomiast do oferty wykonawcy, jej wyboru i oceny odnoszą się przepisy art. 87 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które odpowiednio stanowią:

art. 87 ust. 1 - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zgodnie z ust. 2 powoływanego przepisu zamawiający poprawia w ofercie:

2. oczywiste omyłki pisarskie,
3. oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
4. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

art. 89 ust. 1 pkt 2 - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; Według art. 82 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć jedną ofertę, a zgodnie z ust. 2 tego przepisu ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Przy czym zgodnie z art. 86 ust. 1 Pzp z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert.

Natomiast zgodnie z art. 44 ustawy wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty.

Sygn. akt: KIO 2050/11

Interpretując wyżej przytoczone przepisy w kontekście stosunku pojęcia/institucji oferty do instytucji oświadczeń i dokumentów służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazać należy, iż w świetle ich regulacji

1

niemożliwa jest do utrzymania teza przystępującego o ich tożsamości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz mającym wynikać z przepisu art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp zakazie wymiany osób, które „mają wykonywać zamówienie” na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Nie jest oczywiście wykluczone nadanie pojęciu oferty różnorakiego znaczenie, tzw. znaczenia *sensu largo*, jednakże przepisy art. 82, 86, 87 i 89 ust. 1 Pzp odnoszą się do oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Natomiast w tym rozumieniu dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co do zasady oferty nie stanowią – nie stanowią zobowiązania wykonawcy, do określonego wykonania zamówienia, nie opisują zakresu i sposobu wykonania oferowanego świadczenia. Najlepiej powyższe rozróżnienie widoczne jest w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w tzw. trybach dwuetapowych (np. przetarg ograniczony, art. 47 i n. Pzp), gdzie najpierw dochodzi do podmiotowej kwalifikacji wykonawców do postępowania – badania ich wniosków w tym zakresie, a następnie wyłonieni w ten sposób wykonawcy, składają swoje oferty.

Ponadto w świetle ww. przepisów wskazać można, iż to z warunkami realizacji zamówienia, które proponuje wykonawca nie można zapoznać się do chwili otwarcia

ofert – w takim sensie i znaczeniu nie można zapoznać się z ofertą (86 ust. 1 Pzp). Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które zgodnie z art. 44 ustawy składane są wraz z ofertą, wcale ofertą w tym znaczeniu nie są i nie muszą być zabezpieczone przed zbyt wczesnym ujawnieniem (utożsamienie zwrotu „wraz z ofertą” ze znaczeniem „stanowią ofertę” nie jest uzasadnione). Tylko zwyczajowo są one na ogół umieszczane w jednej, tzw. „kopercie ofertowej” razem z ofertą, tj. z dokumentami opisującymi i wyrażającymi zobowiązanie wykonawcy. Znowu najlepszym zobrazowaniem powyższego jest przetarg ograniczony, gdzie treść wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie jest na ogół zabezpieczana i nie ma w ogóle instytucji ich otwarcia. Poza tym na konieczność rozróżnienia oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wskazują wyżej przytoczone przepisy dotyczące ich formy – oferta musi być przedłożona pod rygorem nieważności na piśmie, a dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które mają być przedłożone wraz z ofertą, mogą zostać przedstawione w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

1

Zobowiązanie do wykonania zamówienia przy pomocy sił i środków wykazanych w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu mogłoby dopiero powstać w przypadku wprowadzenia przez zamawiającego wyraźnych postanowień umownych w tym zakresie. W przedmiotowej siwz brak natomiast postanowień tego typu (w szczególności nie stanowi ich przepisanie opisu katalogu dokumentów wskazanych w § 1 ww. rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów). Jednakże powyższe, nawet w przypadku wprowadzenia przez zamawiającego tego typu wymogów co do sposobu wykonania zamówienia, nie mogłoby przekreślać bezwzględnie obowiązujących norm w zakresie możliwości uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca byłby więc zobowiązany do wykonania zamówienia przy pomocy osób, które ostatecznie (a nie pierwotnie), w dozwolony prawem sposób, wykazał w ramach jego kwalifikacji do ubiegania się o dane zamówienie. Sama możliwość wymiany osób, którymi dysponuje wykonawca i które pierwotnie wykazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jest potwierdzona ustalonym orzecnictwem sądów okręgowych i Izby oraz przede wszystkim znajduje oparcie w brzmieniu adekwatnych przepisów. W zakresie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp jak najbardziej mieści się uzupełnianie/wymiana dokumentów, które nie zawierają błędów formalnych a z ich treści wynika, że wykazane usługi, osoby... etc... nie spełniają wymagań postawionych przez zamawiającego. W przypadku gdy w świetle powołanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów) tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki (a *maiori ad minus*). Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału po prostu nie ma w postępowaniu i należy wezwać do jego uzupełnienia. W związku z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, wykonawca będzie miał ponowną szansę udokumentowania, np. przy pomocy zmienionego wykazu osób, usług czy sprzętu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu – zarówno

1

poprzez przedłożenie wykazu zawierającego zupełnie nowe wykonane osoby, czy też poprzez poprawienie błędów w informacjach dotyczących okoliczności już pierwotnie wykazywanych. Przy czym do powyższych zagadnień podnoszonych przez przystępującego Izba

odniosła się ze względu na ich ogólną wagę, jednakże jedynie fragmentarycznie i na marginesie, ze względu na brak ich znaczenia dla zapadłego rozstrzygnięcia. Zakres przedmiotowego rozstrzygnięcia określa przede wszystkim zakres zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), który z kolei warunkowany był zakresem zarzutów podniesionych w stosunku do udziału wykonawcy w postępowaniu przez zamawiającego w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast w uzasadnieniu ww. wykluczenia zamawiający nie zakwestionował i nie podał jako jego podstawy rzekomej zmiany treści oferty wykonawcy przez wymianę osób w wykazie, czy też nie podniósł niemożliwości takiego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jak dokonał to wykonawca (wskazanie nowych osób). Zamawiający podniósł w tym zakresie tylko jeden zarzut – mianowicie niewykazanie przez wykonawcę, iż nowymi, wskazanymi przez siebie osobami, dysponował on już w dacie otwarcia ofert, a nie tylko w chwili składania wyjaśnień czy uzupełnień. Tego typu podstawę wykluczenia zakwestionował w swoim odwołaniu wykonawca, została ona rozpatrzona i tylko jej ocena legła u podstaw wydanego wyroku. Jeżeli przystępujący chciał doprowadzić do wyrokowania w zakresie podnoszonych przezeń zarzutów winien wnieść własne odwołanie na zaniechanie wykluczenia ACISA na podstawie wszystkich podstaw faktycznych w tym zakresie. Odnosząc się natomiast do samego zarzutu odwołania dotyczącego podstawy wykluczenia wykonawcy, Izba stwierdziła, iż odwołujący w sposób wystarczający wykazał okoliczność, o której mowa w art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy, tj. dysponowanie wskazanymi w uzupełnionym w dniu 02.09.2011 r. wykazie osobami i tym samym wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Działanie zamawiającego w tym zakresie nie można uznać za właściwą ocenę całokształtu okoliczności związanych z ustaleniem daty w jakiej wykonawca dysponował osobami, które wskazał w uzupełnionym wykazie. Stanowisko zamawiającego sprowadza się tu w istocie do postulowania zamieszczenia przez wykonawcę w uzupełnianym wykazie osób daty składania ofert lub odrębnego

1

zaznaczenia, iż danymi osobami w dacie składania ofert dysponował. W ocenie Izby powyższe jest po prostu zbędne: skoro zamawiający zwraca się o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, m.in. z zastrzeżeniem, iż warunki te mają być spełnione na datę spełniania ofert (powołując się w tym zakresie na odpowiedni przepis, który o tym stanowi), to należy przyjąć, iż wykonawca uzupełniając dokumenty w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie powyższe potwierdził. Oczywiście o ile nie poda w tym zakresie informacji odmiennych. Ponadto ocena wykazu i faktów z nim związanych dokonana przez zamawiającego abstrahowała od całokształtu informacji, które zamawiający w ramach prowadzonych czynności od wykonawcy uzyskał. Już w ramach wyjaśnień z dnia 08.08.2011 r. wykonawca przedstawił zamawiającemu CV wskazanych potem w uzupełnieniu z dnia 02.09.2011 r. osób, z których wynikało, iż w dniu składania ofert byli jego pracownikami. Stosunek pracy jest wystarczającą podstawą do przyjęcia, iż całym okresie jego trwania wykonawca dysponował daną osobą. Tym samym w przypadku niniejszego postępowania odwołujący dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, i które wskazał w uzupełnionym wykazie, także w dniu składania ofert, a zamawiający posiadał wystarczające informacje w tym przedmiocie.

Za zasadny uznano więc zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez jego zastosowanie w stosunku do odwołującego w opisanych wyżej okolicznościach. Tym samym także zasadne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Sygn. akt: KIO 2066/11

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 4 000 000 zł przez Konsorcjum UTI, Izba

stwierdza, iż listy referencyjne wystawione przez Raiffeisen Bank S.A. wystarczająco potwierdzają wymaganą zdolność kredytową jaką charakteryzują się podmioty, których ww. zaświadczenia dotyczą. W ocenie Izby uprawnione jest przyjęcie, iż stwierdzenia instytucji finansowej potwierdzają stan i okoliczności, o jakich stanowią polskie przepisy referujące do zdolności kredytowej (przepisy ustawy oraz art. 70 ust.

1

1 Prawa bankowego – czyli zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w ustalonych przez strony terminach). Bank w tym przypadku potwierdził nie tylko możliwość udzielenia jednego kredytu ale nawet otwarcia linii kredytowej o wskazanej wysokości. Przesądzająca o dokonanej przez bank ogólnej ocenie realnych możliwości spłaty kredytu przez wykonawców jest okoliczność podania w zaświadczeniach kwoty, do której powyższe bank przyjmuje. Jeżeli bank powyższego by nie oceniał, ale jedynie ogólnie deklarował, iż przyzna kredyt/linię kredytową o określonej wysokości w zależności od oceny przedłożonych dokumentów, podawanie górnego limitu możliwości/zdolności klienta pozbawione byłoby sensu. Dokładnie tak jak wskazuje się w powoływanym i interpretowanym przez odwołującego orzecznictwie – zdolność kredytowa stanowi jedynie ogólną ocenę możliwości spłaty i tym samym przyznania kredytu danemu podmiotowi. Nie wyklucza natomiast żadnych dodatkowych procedur i ustaleń, które każdy bank w zależności od swojej woli i polityki zechce przed przyznaniem kredytu przeprowadzić.

Tym samym, jak już wskazano, sformułowania w opiniach Raiffeisen Bank uznano za wystarczająco potwierdzające posiadanie przez wykonawców (spółki UTI) zdolności kredytowej w satysfakcjonującej wysokości. Natomiast odwołujący, którego na zasadzie art. 190 Pzp i art. 6 Kc obciąża dowód w tym zakresie, żadnych dowodów kwestionujących zasadność powyższej oceny nie przedstawił. W szczególności dowodu takiego nie stanowi sporządzona na jego zlecenie opinia prawna posługująca się w tym zakresie sformułowaniami „zgodnie z przyjętą praktyką” lub „dokumenty wydają się być odpowiedzią”, która przedstawia jedynie spekulacje i oceny osoby pod nią podpisanej w przedmiocie znaczenia wystawionych zaświadczeń, zakończona nieprzekreślającymi przyjętej tezy o potwierdzeniu zdolności kredytowej truizmami, iż „decyzja o ewentualnym udzieleniu kredytu nie została jeszcze podjęta”. Izba wskazuje, iż nie zna zaświadczenia o posiadanej zdolności kredytowej wystawianego przez polskie banki, jakimi posługują się wykonawcy w praktyce zamówień publicznych, które stanowiłoby jednocześnie decyzję o udzieleniu konkretnego kredytu. Potwierdzenie zdolności kredytowej nie na tym polega – jest oceną ogólną kredytobiorcy, a nie konkretną decyzją kredytową.

W związku z wystarczającą wysokością zdolności kredytowej wskazanej w zaświadczeniach Raiffeisen Bank ocena listu referencyjnego OTB Bank nie ma

2

znaczenia dla potwierdzenia wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

W związku z powyższym ww. zarzut odwołania Izba uznała za niezasadny – zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z oceną wykazania zdolności finansowej przez Konsorcjum UTI.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego wykazania braku zaległości w składkach na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne rumuńskiej spółki UTI Traffic Management Izba wskazuje, iż porównanie dotyczących obu rumuńskich konsorcjantów (UTI Traffic Management i UTI GRUP S.A.) zaświadczeń organów skarbowych w tym zakresie oraz ocena przedstawionych przez odwołującego i przystępującego opinii prawnych prowadzi do wniosków odmiennych niż wyciągane przez odwołującego.

Brak jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia, iż brak odrębnego rozbicia zobowiązań na rzecz rumuńskiego skarbu państwa podanych w zaświadczeniu dotyczącym UTI Traffic Management, oznacza, iż zaległości ubezpieczeniowych zaświadczenie to nie obejmuje i ich nie dotyczy, albo, że zaświadczenie to obejmuje inny zakres informacji niż analogiczne, posługujące się takim samym schematem zaświadczenie UTI GRUP.

Powyższe różnice w sformułowaniach zaświadczeń wyjaśnił przystępujący w swojej opinii prawnej wskazując, iż zaświadczenia takie wystawiane są na tych samych zasadach (na podstawie tych samych przepisów) ale przez różne właściwe organy skarbowe, a także sam odwołujący w przedstawionej opinii prawnej, gdzie wskazano jedynie na możliwość uzyskania wyszczególnienia braku konkretnych należności skarbowych w zaświadczeniu jeżeli podmiot o zaświadczenie wnioskujący zwróci się z wyraźną prośbą w tym zakresie. Natomiast rzeczona opinia prawna nawet nie sugeruje, iż ogólne potwierdzenie braku zaległości na rzecz skarbu państwa zaległości ubezpieczeniowych nie dotyczy.

W ocenie Izby, w świetle zgromadzonego materiału, zasadne było przyjęcie, iż przedstawione przez przystępującego zaświadczenie o braku zaległości na rzecz skarbu państwa dotyczące UTI Traffic Management S.A. potwierdza również brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

W związku z powyższym zarzut odwołania w tym zakresie uznano za niezasadny – zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z kwestionowaną oceną wykazania braku podstaw do wykluczenia przez Konsorcjum UTI.

2

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Nie przyznano wnioskowanych kosztów wynagrodzenia w sprawie 2050/11 w związku z brakiem przedłożenia rachunku potwierdzającego ich poniesienie, o którym mowa w ww. przepisie – przedłożono fakturę wystawioną podmiotowi niebędącemu stroną w postępowaniu odwoławczym.

Przewodniczący:

2