

Sygn. akt KIO 966/11

Sygn. akt KIO 973/11

WYROK
z dnia 23 maja 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2011 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 6 maja 2011 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków**
- B. w dniu 6 maja 2011 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Dolnośląskie z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław**

1

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa,**
 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław,**
 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków,**
 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. TK TELEKOM Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kijowskiej 10/12a, 03-743 Warszawa, 2. TP TELTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kościuszki 5/7, 59-418 Łódź, 3. PKP ENERGETYKA S.A z siedzibą w Warszawie przy ulicy Hożej 63/67, 00-681 Warszawa**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 966/11 po stronie Zamawiającego

przy udziale:

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy**

Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław,**

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o.S.K.A z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 973/11 po stronie Zamawiającego, oraz

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. TK TELEKOM Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kijowskiej 10/12a, 03-743 Warszawa, 2. TP TELTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kościuszki 5/7, 59-418 Łódź, 3. PKP ENERGETYKA S.A z siedzibą w Warszawie przy ulicy Hożej 63/67, 00-681 Warszawa**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 973/11 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. A) uwzględnia odwołanie (syg Sygn. akt KIO 966/11) i nakazuje Zamawiającemu wezwać:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy**

Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej**

B) uwzględnia odwołanie (Sygn. akt KIO 973/11) i nakazuje Zamawiającemu wezwać:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej,**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. ELEKTROTIM S.A.**

(pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a także - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej

4

jednej dokumentacji projektowej obejmującej zaprojektowanie w pasie linii kolejowej minimum jednego odcinka linii światłowodowej łączącej lub obejmującej minimum dwie stacje kolejowe.

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Dolnośląskie z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Melickiej 28, 35-552 Kraków** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** kwotę **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych), w tym:

- A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Melickiej 28, 35-552 Kraków** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego tytułem wpisu od odwołania,
- B) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o.**

5

z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

6

Sygn. akt KIO 966/11

Sygn. akt KIO 973/11

UZASADNIENIE

Zamawiający przez **Województwo Dolnośląskie z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na *Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn.: „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”*, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 22 października 2010 roku pod numerem 2011/S 216-330622.

26 kwietnia 2011 roku Zamawiający, na podstawie art. 51 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), przekazał wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

A Sygn. akt KIO 966/11

6 maja 2011 roku Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia 1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia a względnie wezwania do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
 1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy

7

Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków (dalej: Konsorcjum Elektrotim) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. TK TELEKOM Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kijowskiej 10/12a, 03-743 Warszawa, 2. TP TELTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kościuszki 5/7, 59-418 Łódź, 3. PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Hożej 63/67, 00-681 Warszawa (dalej: Konsorcjum TK Telekom),

- art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4, poprzez zaniechanie wykluczenia, a względnie wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, oraz art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp poprzez uznanie za skuteczne dokonane zastrzeżenia informacji bezzasadnie utajnionych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w we wnioskach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa (dalej: Konsorcjum Alcatel) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-

- 169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy
Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław (dalej - Konsorcjum Wąsko),
– innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z odwołania.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu
w szczególności:

- unieważnienie czynności badania i oceny wniosków oraz zakwalifikowania wykonawców w postępowaniu,
- odtajnienie informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, –
powtórzenie czynności badania i oceny wniosków i zakwalifikowania wykonawców postępowaniu.

Odwolujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

8

I. Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Alcatel i Konsorcjum Wąsko bezpodstawnie utajnili
następujące dokumenty we wnioskach:

- Polisę OC oraz dokument jej opłacenia (Konsorcjum Alcatel) - istnieje duże
prawdopodobieństwo wadliwości polisy OC Konsorcjum Alcatel. W ocenie Odwołującego
polisa OC nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Jej posiadanie bądź nie ma żadnej
istotnej wartości technicznej, ani organizacyjnej przedsiębiorstwa - wartość organizacyjna
przedsiębiorstwa obejmuje tzw. kulturę organizacyjną danej firmy, Oznacza to, że dana firma
może zastrzegać informacje dotyczące swojej wewnętrznej organizacji, sposobu
przekazywania informacji, podziału kompetencji, sposobu kontroli itd. Odwołujący wskazał,
że nie można natomiast w żaden sposób mówić o wartości organizacyjnej w stosunku do
posiadania ubezpieczenia OC. Należy również podkreślić, że polisy ubezpieczeniowe z
zasady są udostępniane powszechnie, gdyż stanowią zazwyczaj treść ofert w przetargach.
Odwolujący wskazał, że polisa ubezpieczeniowa Konsorcjum Alcatel jest jawna, dostępna
dla ogółu, w związku z przetargami, w których dotychczas ten Wykonawca brał udział.
Odwolujący wniósł o zobowiązanie Konsorcjum Alcatel do oświadczenia, czy ww. polisę
przedkładał w przetargach publicznych oraz pomimo, że nie dopuszczono Odwołującego do
wglądu w ww. polisę - podniósł zarzut jej wadliwości.

- Zobowiązanie podmiotu trzeciego/podmiotów trzecich do udostępnienia swojego
potencjału, (Konsorcjum Alcatel),(Konsorcjum Wąsko) - istnieje duże prawdopodobieństwo,
że zobowiązania we wnioskach tych wykonawców są nieprawidłowe i złożone dla pozorów.
Zobowiązanie „podmiotu trzeciego” powinno z zasady mieć charakter jawny - poleganie na
doświadczeniu konkretnego podmiotu powinno być ujawnione dla innych wykonawców w
postępowaniu. W sytuacji usankcjonowania utajniania zobowiązań „podmiotu trzeciego”
należałoby również zezwolić na utajnienie innych członków konsorcjum poza liderem.
Ograniczenie jawności jest wyjątkiem a nie zasadą w zamówieniach publicznych a utajnienie
zobowiązań „podmiotów trzecich” prowadzi do wypaczenia możliwości jakiejkolwiek
weryfikacji ofert bądź wniosków konkurencji. Tym samym - doprowadzić może w
konsekwencji do rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i
poszanowania uczciwej konkurencji. Treść zobowiązania „podmiotu trzeciego” ma istotny
charakter z punktu widzenia formularza ofertowego i całego zobowiązania ofertowego
danego Wykonawcy. „Podmioty trzecie” nie mogą składać swoich zobowiązań jedynie „dla
pozoru” co wynika z najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem - w
niniejszej sytuacji istnieje duże prawdopodobieństwo, że w zobowiązaniach podmioty trzecie

9

nie precyzują w jaki sposób udzielić doświadczenia Wykonawcom - Konsorcjum Alcatel i
Konsorcjum Wąsko, a tym samym Wykonawcy Ci powinni zostać wezwani do uzupełnienia
dokumentów lub wykluczeni z postępowania.

- Wykaz wykonanych zamówień w całości (Konsorcjum Alcatel). Zgodnie z orzecznictwem
Krajowej Izby Odwoławczej - utajnieniu może podlegać wykaz wykonanych zamówień tylko
w zakresie zamówień nie stanowiących kontraktów publicznych.

II. Wykonawca - Konsorcjum Elektrotim złożył we wniosku Polisy OC, które nie potwierdzają spełniania wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu - m.in. zawierają niedopuszczalne wyłączenia, które w konsekwencji powodują, że nie odpowiadają one swoim zakresem przedmiotowi zamówienia. Należy podkreślić, że zakres ubezpieczenia przedstawionego w Polisie HDI dotyczącej kwoty 110 mln zł obejmuje „produkcję i sprzedaż kabli”. Tymczasem zakres zamówienia jest znacznie szerszy, bowiem obejmuje również zaprojektowanie sieci. Ubezpieczenie to nie jest związane z przedmiotem zamówienia ani nie zabezpiecza w jakikolwiek sposób interesów Zamawiającego. Należy również podkreślić, że polisa OC złożona przez Konsorcjum Elektrotim jest bardzo niejasna i wymaga dookreślenia, czego zaniechał Zamawiający - na wartość 110 mln zł wystawiony został certyfikat, który odwołuje się jednak do „Wypadków” określonych w polisie (również OWU odwołują się do polisy) - na podstawie samego certyfikatu nie można zatem ustalić zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela. Ponadto do polisy OC nie dołączono dowodu jej opłacenia - Składka 5 000 zł opłacona prawidłowo ale odnosi się do polisy nadwyżkowej; z certyfikatu dot. podstawowego ubezpieczenia nie wynika, jaka jest wysokość składki z podstawowego ubezpieczenia (jeżeli jest odrębna składka), a w konsekwencji, czy wykonawca ją opłacił. Również pozostałe Polisy OC nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu – przykładowo w przypadku Polisy Chartis nie odnosi się ona do projektowania infrastruktury telekomunikacyjnej pomimo, że postępowanie dotyczy projektowania takiej właśnie infrastruktury. A dodatkowo w Polisie Warty odpowiedzialność za projektowanie jest wyłączona. Tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał podstawowych czynności wobec Konsorcjum Elektrotim - w tym wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy i ewentualnie wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

10

III. Wykonawca - Konsorcjum TK Telekom złożył we wniosku Polisę OC, z której nie wynika spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający dopuścił przedłożenie polisy OC w innej walucie niż pkt PLN - III.2.2 ogłoszenia z dnia 22.10.2010, wskazując jednocześnie przelicznik średni kurs NBP z dnia wszczęcia postępowania; na dzień 22.10.2010 średni kurs wynosił 3,9734 zł, tak więc 50.000.000 euro jako suma ubezpieczenia XFR005319OU (jest rzeczywiście jedna polisa w euro, a więc wystarczy jedno tłumaczenie) byłoby właściwą sumą ubezpieczenia. Jednak ocenie Odwołującego ubezpieczenie AXA powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego:

- ubezpieczenie dotyczące kwoty 50 mln euro jest dodatkiem do ubezpieczenia podstawowego w AXA, i z ubezpieczenia na 50 mln mają być wypłacane kwoty odszkodowania w miejsce warunków i ograniczeń z tego podstawowego ubezpieczenia, tak więc ocena zakresu ubezpieczenia Teltech (czy pokrywa się ono z przedmiotem postępowania) wymaga przedstawienia przez Teltech również podstawowego ubezpieczenia w Axa,
- Teltech nie przedstawił polisy, a jedynie certyfikat potwierdzający ubezpieczenie, z którego wyraźnie wynika, że nie jest on źródłem żadnych praw, a jedynie wystawiony został dla celów informacyjnych; wskazano w nim jednocześnie, że ten certyfikat (a nie polisa) ważny jest w okresie od 1.04.2010 do 31.03.2011, bez wskazania jednak okresu obowiązywania samej polisy; w certyfikacie mowa jest, że jest on ważny z zastrzeżeniem okresów zawieszenia lub anulowania ochrony ubezpieczeniowej wynikających z polisy podstawowej (której chyba Teltech nie przedstawił) - tak więc na podstawie samego certyfikatu nie można jednoznacznie ustalić, czy na dzień składania wniosku Teltech objęty był ochroną ubezpieczeniową na 50 mln euro,
- ponadto, przedstawiony dokument to jedynie certyfikat, w którym dodatkowo zastrzeżono, że ubezpieczenie na 50 mln nie obejmuje podlimitów z polisy, z certyfikatu nie wynika, jakie są podlimity w polisie i jaki one mają wpływ na ocenę spełnienia wymagań z ogłoszenia; wskazuje również, że zastrzeżono w certyfikacie górną granicę odpowiedzialności na 50 mln dla „szkód kombinowanych”.

Zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia dokumentów podstawowego ubezpieczenia oraz polisy aby stwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum TK Telekom.

- 9 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa. W ocenie zgłaszającego przystąpienie, Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy w zakresie dotyczącym wniosku Konsorcjum Alcatel. Tym samym zarzuty podniesione przez Odwołującego są bezpodstawne, w związku z czym Uczestnik postępowania wniósł o oddalenie odwołania, w zakresie dotyczącym zarzutów do wniosku Konsorcjum Alcatel.
- 9 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław. Zgłaszający przystąpienie spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i zostanie zaproszony do składania ofert. Zatem nie ma potrzeby wzywać zgłaszającego przystąpienie do uzupełnienia lub wyjaśnienia jakichkolwiek dokumentów jak i nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania. Natomiast uwzględnienie postawionych przez Odwołującego zarzutów i żądań doprowadzi do tego, że zgłaszający przystąpienie zostanie wykluczony z postępowania, względnie do tego, że zgłaszający przystąpienie zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w razie nieuzupełnienia żądanych dokumentów zostanie wykluczony z postępowania. W takiej sytuacji zgłaszający przystąpienie nie będzie mógł zostać zaproszony do składania ofert i nie będzie mógł złożyć oferty, a jeżeli nawet złoży ofertę, to zostanie ona odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. W rezultacie zgłaszający przystąpienie utraci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zgłaszający przystąpienie podniósł, że postawione w odwołaniu zarzuty i żądania godzą w dokonane przez zgłaszającego przystąpienie zastrzeżenie - jako tajemnicy przedsiębiorstwa - niektórych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że zasadność tego zastrzeżenia nie została w żaden sposób podważona. W

rezultacie, w razie uwzględnienia odwołania, może dojść do ujawnienia ustawowo chronionej tajemnicy przedsiębiorstwa, co narazi interes zgłaszający przystąpienie na uszczerbek. Zgłaszający przystąpienie ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego.

- 9 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazał, że zarzuty podniesione w odwołaniu są całkowicie bezzasadne. Zamawiający w SIWZ określił w sposób następujący warunki SIWZ: Regulację dotyczącą OC z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 22.10.2010 r. – punkt III.2.2) ust. 2 w akapicie Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: 2. są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150 000 000,00 PLN. Regulację dotyczącą wspólnego ubiegania się o zamówienie - ogłoszenie z dnia 22.10.2010 r. - punkt III.2.3) ust. 2 w akapicie Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: 2. Wykonawcy mogą

wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Przepisy dotyczące Wykonawcy stosuje się odpowiednio do Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Przy ocenie spełniania warunków przez Wykonawców wspólnie składających ofertę Zamawiający przyjmie, że wymagania, mogą spełniać tylko niektórzy z tych Wykonawców, tak, by sumarycznie w odniesieniu do wszystkich tych Wykonawców były spełnione łącznie. Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że Konsorcjum ELEKTROTIM S.A. spełniło wspólnie wymogi postawione przez Zamawiającego. Suma ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie zabezpieczeń wniesionych przez Konsorcjum to kwota 158 milionów złotych w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Po to zostało stworzone konsorcjum, żeby była możliwość wspólnego spełnienia warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ i niewątpliwie w niniejszym postępowaniu zostały one spełnione. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum ELEKTROTIM S.A. i Tele -Fonika Kable Sp. z o.o. jest bezzasadne i podlegać powinno oddaleniu.

13

-
- 9 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. TK TELEKOM Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kijowskiej 10/12a, 03-743 Warszawa, 2. TP TELTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kościuszki 5/7, 59-418 Łódź, 3. PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Hożej 63/67, 00-681 Warszawa. Zgłaszający przystąpienie wskazuje, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie dokonał naruszenia przepisów ustawy i dokonał prawidłowej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

B. Sygn. akt KIO 973/11

6 maja 2011 roku Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** - złożył do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,
- art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 51 ustawy poprzez: dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z ogłoszeniem i ustawą oraz rozporządzeniem 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* (dalej „rozporządzenie o dokumentach”) i w konsekwencji poprzez:
 - odnośnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków** (dalej: „Konsorcjum Hawe Telekom”) - zaniechanie wezwania do uzupełnienia

14

dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie nie uzupełnienia zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy,

- odnośnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o.S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków** (dalej: „Konsorcjum Elektrotim”) - zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów

w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie nie uzupełnienia zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy,

- odnośnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław (dalej: „Konsorcjum Wąsko”) - zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie nie uzupełnienia zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy,

- naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny wniosków, -
powtórzenia czynności badania i oceny wniosków wykonawców: Konsorcjum Hawe Telekom, Konsorcjum Elektrotim i Konsorcjum Wąsko,
- wezwanie wykonawców: Konsorcjum Hawe Telekom, Konsorcjum Elektrotim i Konsorcjum Wąsko do uzupełnienia dokumentów i w razie ich nieuzupełnienia wykluczenie ww. wykonawców z postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przepis ten ma charakter blankietowy i Zamawiający na etapie przygotowywania postępowania zobowiązany jest do jego doprecyzowania i dostosowania do wymogów przedmiotu zamówienia. Stawiane warunki udziału w postępowaniu mają potwierdzać określone przez Zamawiającego potencjały wykonawcy. Zamawiający, w pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej polegający na tym żeby

15

wykonawcy byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150 000 000,- PLN. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał przedstawienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Warunek posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości 150 000 000,-PLN był warunkiem bardzo rygorystycznym. Z tego też powodu treść tego warunku była przedmiotem licznych pytań wykonawców i próśb o zmniejszenie wysokości wymaganego ubezpieczenia OC. Zamawiający jednak konsekwentnie podtrzymywał treść postawionego warunku i wysokość wymaganej polisy, (vide odpowiedzi na pytania nr 4, nr 13, nr 21, nr 23 z dnia 2 grudnia 2011 r.). Zamawiający, na etapie oceny wniosków, nie ma możliwości odstąpienia od dokonywania oceny spełniania warunków przez wykonawców postawionych przez siebie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym brak wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie spełnili przedmiotowego warunku, narusza wyrażoną w art. 7 zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W świetle postawionego warunku, a także postanowień rozporządzenia o dokumentach, wykonawcy mieli obowiązek posiadać ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Z powyższego wynika, iż przedmiotem ubezpieczenia miała być ta działalność prowadzona przez wykonawców, która jest związana z przedmiotem zamówienia.

Celem żądania posiadania ubezpieczenia OC na etapie składania wniosków jest potwierdzenie wiarygodności ekonomicznej wykonawcy, tj. potwierdzenie, że wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Powyższą argumentację potwierdza orzecznictwo KIO, która wielokrotnie wskazywała w wyrokach, że polisa OC, którą składają wykonawcy w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie lecz ma potwierdzić, że to wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez Zamawiającego wysokości.

Odwolujący, po zapoznaniu się z dokumentami dotyczącymi ubezpieczenia OC złożonymi we wnioskach wykonawców: Konsorcjum Hawe Telekom, Konsorcjum Elektrotim Konsorcjum i Wasko, stwierdził, iż ww. wykonawcy nie potwierdzili posiadania ubezpieczenia od

16

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia w wymaganej przez Zamawiającego wysokości.

Dokumenty znajdujące się we wniosku Konsorcjum HAWE Telekom:

Polisy załączone do wniosku potwierdzają, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na łączną kwotę 24.000.000 PLN. Wynika to z polis zawartych na następujących stronach wniosku:

- 515 - 516 polisa OC na kwotę 4.000.000 PLN, -
- 521-525 polisa OC na kwotę 10.000.000 PLN,
- 528 polisa OC na kwotę 10.000.000 PLN.

Wartość ww. polis nie jest zatem wystarczająca dla potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum Hawe Telekom postawionego warunku.

Pozostałe polisy dotyczą ubezpieczenia konkretnego kontraktu, którego jeszcze nie zawarto, a nie prowadzonej przez wykonawców działalności gospodarczej.

- na str. 512-513 znajduje się polisa nr 908200071093 wystawiona przez WARTA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji SA, ubezpieczający: HAWE Telekom sp. z o.o., Przedmiot ubezpieczenia; *ubezpieczenie działalności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności budowlanej i posiadanego mienia z włączeniem odpowiedzialności za produkt – w ramach kontraktu na zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”*. Suma ubezpieczenia; 50.000.000 PLN na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe w okresie ubezpieczenia. Składka: 175.500 PLN Płatność składki w dwóch ratach: I - w wysokości 2.000,00 PLN do dnia 03.01.2011 r., II - w wysokości 173.500 PLN w wypadku wygrania przetargu jednak nie później jak 3 dni po podpisaniu umowy,
- na str. 519 znajduje się Polisa nr OGD B535 0010 wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, Ubezpieczający/ubezpieczony: SPRINT sp. z o.o. Zakres ubezpieczenia: *Kontrakt „Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”*. Suma gwarancyjna: na jeden wypadek ubezpieczeniowy - 50 000 000 PLN na wszystkie wypadki ubezpieczeniowe - 50 000 000 PLN.

17

- na str. 527 znajduje się Polisa nr 901006319975 wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA, w której jako Ubezpieczony zostały wskazane: Krakowskie Zakłady Automatyki SA. Przedmiot i zakres ubezpieczenia to: *Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej oraz użytkowania mienia z włączeniem odpowiedzialności za produkt w związku realizacją kontraktu: „Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”*. Forma i warunki płatności składki: Płatna ratalnie, przelewem. Pierwsza rata płatna do 10.01.2011 r. kolejne raty staną się wymagalne w przypadku wygrania przetargu. Kwoty i terminy płatności: 2000 zł do 2011/01/10, 15850 zł do 2011/03/27, 15770 zł do 2011/06/19, 15770 zł do 2011/09/11, 15770 zł do 2011/12/04 (...).

W konsekwencji, Konsorcjum Hawe Telekom nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dokumenty znajdujące się we wniosku Konsorcjum Elektrotim:

Wykonawca potwierdził posiadanie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności na łączną kwotę 48.500.000 PLN.

- str. 131-141 polisa OC na kwotę 40.000.000 PLN, –
str. 145 151 polisa OC na kwotę 8.500.000 PLN.

Pozostałe polisy dotyczą ubezpieczenia konkretnego kontraktu, którego jeszcze nie zawarto, a nie prowadzonej przez wykonawców działalności gospodarczej.

- na str. 253-257 wniosku znajduje się Certyfikat do polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 110/1395800/14486/0/0/ oraz Polisa Nadwyżkowa Ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 110/1395800/14486/0/0/, wystawione przez HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Ubezpieczający i Ubezpieczony: TELEFONIKA Kable Sp. z o.o. SKA. Ubezpieczona działalność: *produkcja i sprzedaż kabli i przewodów związana z przedmiotem zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”.* Składka: 90.000 PLN Płatność: I rata 5.000 PLN płatna do dnia 1 grudnia 2010, II RATA 85.0000 PLN płatna 14 dni po wygraniu przetargu przez Ubezpieczającego. Na str. 257

18

zostało wskazane Postanowienia dodatkowe: 1. odmiennie niż stanowi art. 16 Warunków Ubezpieczenia HDI Asekuracja strony postanawiają, że umowa ubezpieczenia może zostać wypowiedziana w przypadku przegrania przetargu przez Ubezpieczonego na Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej” oraz pod warunkiem przesłania pisemnego wniosku o rozwiązaniu umowy. W przypadku rozwiązania umowy w w/w sytuacji I rata nie podlega zwrotowi a II rata nie podlega zapłacie”.

- Załączona do wniosku „Polisa Nadwyżkowa” dotyczy wyłącznie ubezpieczenia umowy, która zostanie zawarta w wyniku wygrania przez Konsorcjum Elektrotim przedmiotowego postępowania. Ponadto, zakres tej polisy ograniczony jest do „produkcji i sprzedaży kabli” zatem zakres, w porównaniu z zakresem przedmiotowego zamówienia, jest niewystarczający.

W konsekwencji, Konsorcjum Elektrotim nie potwierdziło spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Dokumenty zawarte we wniosku Konsorcjum Wasko:

- na stronie 90 - 93 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się polisa nr PO/00357162/2011, wystawiona przez Generali T.U. S.A., w której jako Ubezpieczający i Ubezpieczony zostało wskazane: WASKO S.A.. Ubezpieczona działalność: *„Realizacja kontraktu: Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”.* W polisie zostało wskazane, że: *„Ochrona ubezpieczeniowa nie obejmuje m.in. 1. roszczeń z tytułu pozostałej działalności Ubezpieczającego (...), 4. roszczeń z tytułu odpowiedzialności cywilnej Ubezpieczającego za szkody powstałe w związku z wykonywaniem określonego zawodu, którego wykonywanie wymaga posiadania odpowiednich uprawnień w szczególności architekta, projektanta, inspektora nadzoru w zawodowych, budownictwie.”* Suma ubezpieczenia: „50 000 000,00 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia.”, Płatność składki: Składka w wysokości 100.000,00 PLN płatna w dwóch ratach: - I rata w wysokości 2.000 zł płatna do dnia 11.01.2011 r. (przed rozstrzygnięciem przetargu), - II rata w wysokości 98.000,00 zł płatna w terminie 7 dni po rozstrzygnięciu i

19

jednocześnie wygraniu przetargu przez Ubezpieczonego (w ramach konsorcjum). W przypadku przegrania przetargu polisa zostanie rozwiązana za porozumieniem stron oraz Ubezpieczyciel odstąpi od wymaganej drugiej raty składki.”

- na stronie 95 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się polisa nr 901006322681, wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA w której jako Ubezpieczony został wskazany: FONBUD sp. z o.o. Przedmiot i zakres ubezpieczenia to: *Ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia (...) Kontrakt: „Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”*. Suma gwarancyjna na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia łącznie dla szkód w mieniu i na osobie: 50 000 000,00 PLN. Składka 175.550 zł płatna w dwóch ratach: - 1 rata: 2.000 zł do dnia 04.01.2011 r. (przed rozstrzygnięciem przetargu), 2. rata: 173.550 zł płatna w terminie 7 dni po rozstrzygnięciu i jednocześnie wygraniu przetargu przez z przez Ubezpieczonego (w ramach konsorcjum). W przypadku przegrania przetargu polisa zostanie rozwiązana za porozumieniem stron oraz Ubezpieczyciel odstąpi od wymaganej drugiej raty składki. Płatna ratalnie przelewem: Kwoty i terminy płatności: 2000zł do 2011/01/04, 173550 z ł do 2011/05/05."
- na stronie 97 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się polisa nr 901006322597, której jako Ubezpieczony został wskazany: Jacek Dudek TELNET S.K.A. Przedmiot i zakres ubezpieczenia to: *Ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia (...) Kontrakt: budowa światłowodu wzdłuż linii kolejowych na terenie Dolnego Śląska*". Suma gwarancyjna na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia łącznie dla szkód w mieniu i na osobie: 50 000 000,00 PLN. Składka 175.550 zł płatna w dwóch ratach: - 1 rata: 2.000 zł do dnia 04.01.2011 r. (przed rozstrzygnięciem przetargu), 2. rata: 173.550 zł płatna w terminie 7 dni po rozstrzygnięciu i jednocześnie wygraniu przetargu przez z przez Ubezpieczonego (w ramach konsorcjum). W przypadku przegrania przetargu polisa zostanie rozwiązana za porozumieniem stron oraz Ubezpieczyciel odstąpi od wymaganej drugiej raty składki." Płatna ratalnie przelewem: Kwoty i terminy płatności: 2000zł do 2011/01/04, 173550 zł do 2011/02/28."

Wszystkie załączone polisy dotyczą ubezpieczenia realizacji umowy, która jeszcze nie została zawarta. W konsekwencji, Konsorcjum Wasko nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z treści wskazanych powyżej polis OC załączonych do wniosków ww. Wykonawców jednoznacznie wynika, iż umowy ubezpieczenia zostały zawarte wyłącznie w celu wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakres ubezpieczenia obejmuje bowiem wyłącznie realizację kontraktu, który będzie zawarty w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu. Dokumenty te w ocenie Odwołującego nie mogą być uznane za potwierdzające ubezpieczenie prowadzonej działalności, gdyż dotyczą jednej konkretnej umowy, która nie została jeszcze zawarta. Jeżeli wykonawcy posługujący się tymi polisami nie wygrają przetargu, to ubezpieczenie wskazane w ich polisach wygaśnie. W konsekwencji skoro przedmiotem ubezpieczenia jest konkretna umowa, która nie została jeszcze zawarta, to na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu żaden z ww. wykonawców nie może „skorzystać” z ubezpieczenia. Nie jest bowiem możliwym, aby przed podpisaniem umowy, której realizację zabezpiecza polisa, zaistniało jakiekolwiek zdarzenie ubezpieczeniowe, które byłoby objęte jej zakresem. W konsekwencji, na dzień składania wniosków, działalność gospodarcza wykonawców nie była objęta ubezpieczeniem, gdyż nie istniał przedmiot tego ubezpieczenia tj. umowa której przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej województwa dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”. Ponadto, jak wynika z treści polis, umowy ubezpieczenia zostaną rozwiązane w przypadku braku wygrania przetargu i podpisania umowy o zamówienie publiczne. Przedstawione polisy nie potwierdzają zatem potencjału ekonomicznego wykonawców, gdyż zostały zwarte pod warunkiem rozwiązującym, jakim jest przegranie przetargu. Ziszczenie tego warunku powoduje rozwiązanie umowy ubezpieczenia oraz odstąpienie Ubezpieczyciela od pobierania drugiej raty składki. Polisy te nie stanowią zatem wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu ubezpieczenia prowadzonej

działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a jedynie ubezpieczenie przyszłego kontraktu.

Pozostałe zarzuty dotyczące Konsorcjum Wąsko.

Zamawiający, w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu postawił warunek udziału w postępowaniu zgodnie z którym o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w

21

okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia ich działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonali: co najmniej jedną dokumentację projektową obejmującą zaprojektowanie w pasie linii kolejowej minimum jednego odcinka linii światłowodowej łączącej lub obejmującej minimum dwie stacje kolejowe. (...). W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumentów potwierdzających, że usługi przedstawione w wykazie, zostały wykonane lub są wykonywane należycie (np.: referencje, protokoły odbioru)."

Konsorcjum WĄSKO na potwierdzenie spełniania ww. warunku w wykazie usług na stronie 271 wniosku wskazało cztery pozycje. Śadna z pozycji, w ocenie Odwołującego nie potwierdza spełniania warunku postawionego przez Zamawiającego:

- poz. 1 We wniosku brak jest dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Zamiast tego dokumentu do wniosku zostało załączone pozwolenie na budowę (Decyzja nr 1-K-164/08 Wojewody Dolnośląskiego z dnia 25 lipca 2008 r.) udzielone PKP PLK SA. Dokument ten nie może być uznany za dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy, gdyż organ wydający decyzję o pozwoleniu na budowę, nie weryfikuje poprawności wykonanego projektu budowlanego, w szczególności zaś nie bada zgodności jego wykonania z umową,
- poz. 2 Projekt Wykonawczy Uzupełniający na Obiekt budowlany: Przebudowa sieci teletechnicznej na szlaku Lisewo-Tczew – uzupełnienie PW. Zakres wykonanej dokumentacji obejmuje wyłącznie projekt wykonawczy uzupełniający, nie może zatem uznany za wystarczający na potwierdzenie spełniania warunku. Dodatkowo dokument, załączony na potwierdzenie należytego wykonania umowy, zawiera wyłącznie opis wykonanych czynności, a nie potwierdzenie ich należytego wykonania, a ponadto nie został podpisany,
- poz. 3 Projekt budowlany na zadanie: Projekt, dostawa i zabudowa urządzeń sterowania ruchem olejowym na odcinku Opole-Wrocław - etap II wraz z robotami towarzyszącymi., obiekt realizacyjny: Budowa przyłączy światłowodowych do Nastawni Dysponujących, Podstacji trakcyjnych i Kabin sekcyjnych na odcinku NC Opole. Wykonanie projektu budowy przyłącza do nastawni nie jest tożsame z postawionym przez Zamawiającego

22

warunkiem. Przyłącze nie jest linią światłowodową łączącą/obejmującą minimum dwie stacje kolejowe. Linia światłowodowa to z reguły główny trakt światłowodowy/główna kanalizacja kablowa, do której lub od której, budowany jest krótszy odcinek do konkretnego obiektu (położonego zwykle w pewnej bliskiej odległości od traktu głównego, ale nie bezpośrednio przy trakcie głównym). Definicja legalna pojęcia „linii” i „przyłącza” znajduje się w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 26 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane i ich usytuowanie (Dz. U. z dnia 31.10.2005, Nr 219, poz. 1864). Artykuł 3 w/w rozporządzenia mówi o: „5. kanalizacji kablowej, 6. linii kablowej, 7. linii kablowej nadziemnej, 8. linii kablowej podziemnej (i) 11. przyłączy telekomunikacyjnym do budynku - (jako) odcinku linii kablowej podziemnej, linii kablowej naziemnej lub kanalizacji kablowej, zwartym między złączem rozgałęźnym a zakończeniem tych linii lub kanalizacji w budynku ”. W świetle ww. rozporządzenia nie można uznać „przyłącza” za pojęcie tożsame z „linią”,

Nastawnia jest budynkiem mieszczącym urządzenia do zdalnego sterowania ruchem kolejowym, z którego ustawia się drogi przebiegu pociągów, przestawia zwrotnice oraz nadaje sygnały. Zgodnie z załączonymi dokumentami, przedmiotem projektu była właśnie budowa przyłącza do nastawni, czyli odcinka linii kablowej/światłowodowej do budynku. Przyłącze nie wypełnia warunku zaprojektowania linii światłowodowej. Poza tym, przyłącze jest prowadzone od głównego traktu/główniej linii kablowej (światłowodowej) do budynku, a nie od stacji kolejowej do innej stacji kolejowej, na której nastawnia się znajduje. Zdecydowanie nie jest to odcinek łączący minimum dwie stacje kolejowe. Dodatkowo, w przypadku budowy przyłącza (każdego rodzaju, w tym telekomunikacyjnego), nie wymaga się pozwolenia na budowę, (stan po nowelizacji); przed nowelizacją - również dla budowy przyłącza, wystarczające było zgłoszenie na budowę, a w przypadku budowy linii kablowej/światłowodowej, konieczne jest uzyskanie pozwolenia na budowę. (Dokumenty które potwierdzają wykonanie przyłącza znajdują się na stronach 282 - 287 wniosku Konsorcjum Wąsko).

Dokumenty zawarte na stronach 288 i następnych: dotyczą Przebudowy i modernizacji nastawni Oława. Usługa ta również nie spełnia warunku linii światłowodowej między dwoma stacjami. Nastawnia to budynek, dokument dotyczy modernizacji tego budynku; (str. 289 przebudowa nastawni Oława; str. 290 zabudowa kontenerów na stacji Oława; str. 291 zabudowa kontenerów na stacji Oława; str. 291 instalacje elektryczne w budynku nastawni Oława; str. 293: instalacje elektryczne w budynku nastawni Oława; str. 294

23

przeniesienie oraz okablowanie urządzeń teletechnicznych na okres przebudowy nastawni Oława; str. 295 włączenie odcinka Brzeg-Wrocław Gł. i szlaków stycznych (tylko włączenie do nastawni); str. 296: włączenie monitoringu platform, peronów, budowa przyłączy) Wszystkie wymienione prace dotyczyły nastawni Oława, a nie linii pomiędzy stacjami. Podsumowując, zamówienie wskazane w poz. 3 potwierdza zaprojektowanie kilku krótkich niepołączonych ze sobą odcinków przyłączy, które są krótkimi odcinkami FO od magistrali do pojedynczych obiektów (nastawni, podstacji, kabiny sekcyjnej), znajdujących się w mniejszej lub większej odległości od głównego kabla już położonego wzdłuż torów. Referencja nr 3 nie potwierdza zatem spełniania warunku postawionego przez Zamawiającego w ogłoszeniu,

- poz. 4 na stronach 297-305 załączono protokoły zdawczo-odbiorcze nr 2-6, 9, 11-12 pracy projektowej wykonanej w ramach umowy nr 0179/E13184/1735/10: Zaprojektowanie i wykonanie zadania inwestycyjnego „Wypełnienie wymogów decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia Modernizacja linii kolejowej E-30 na odcinku Węgliniec - Legnica”. Dokumenty dotyczą budowy urządzeń odprowadzania i ochrony zwierząt, nie dotyczą więc przedmiotu wymaganego przez Zamawiającego. Dodatkowo dokumenty na stronach 297-305 wniosku nie są podpisane przez "przyjmującego"; nikt nie potwierdził przyjęcia i tym samym należytego wykonania projektu.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego konsorcjum Wąsko nie wykazało spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku doświadczenia w zakresie usług. Zamawiający winien wezwać Konsorcjum WĄSKO do uzupełnienia dokumentów, a w razie ich nieuzupełnienia wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 973/11 po stronie Zamawiającego:

- 9 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że posiada interes we wniesieniu przystąpienia, albowiem odwołanie dotyczy unieważnienia

24

czynności badania i oceny wniosków w zakresie wniosku zgłaszającego przystąpienie, który został zakwalifikowany do kolejnego etapu. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do unieważnienia kwalifikacji zgłaszającego przystąpienie.

- 9 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że w razie uwzględnienia zarzutów i żądań odwołania interes prawny zgłaszającego przystąpienie w uzyskaniu zamówienia dozna uszczerbku, bowiem zgłaszający przystąpienie nie będzie mógł uzyskać przedmiotowego zamówienia. Zgłaszającego przystąpienie wskazuje, że w dniu 26 kwietnia 2011 r. otrzymał od Zamawiającego informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z ww. informacją zgłaszającego przystąpienie spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i zostanie zaproszony do składania ofert. Zatem w ocenie Zamawiającego nie ma potrzeby wzywać zgłaszającego przystąpienie do uzupełnienia lub wyjaśnienia jakichkolwiek dokumentów jak i nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania. Natomiast uwzględnienie postawionych przez Odwołującego zarzutów i żądań doprowadzi do tego, że zgłaszającego przystąpienie zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w razie nieuzupełnienia żądanych dokumentów zostanie wykluczony z postępowania. W takiej sytuacji zgłaszającego przystąpienie nie będzie mógł zostać zaproszony do składania ofert i nie będzie mógł złożyć oferty, a jeżeli nawet złoży ofertę, to zostanie ona odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. W rezultacie zgłaszającego przystąpienie utraci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zgłaszającego przystąpienie ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, wnosi o oddalenie odwołania w całości.
- 9 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków. Zgłaszający przystąpienie posiada interes

prawny w przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego ponieważ żądania Odwołującego naruszają interes prawny zgłaszającego przystąpienie do odwołania, a uwzględnienie odwołania może zadecydować o nie uzyskaniu zamówienia, co stanowi materialno - prawną przesłankę zasadności przyłączenia się do odwołania po stronie Zamawiającego. W ocenie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego zarzuty podniesione w odwołaniu są całkowicie bezzasadne. Zamawiający w SIWZ określił w sposób następujący warunki SIWZ: I. Regulacja dotycząca OC z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 22.10.2010 r. – punkt III.2.2) ust. 2 w akapicie Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: 2. są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150 000 000,00 PLN, regulacja dotycząca wspólnego ubiegania się o zamówienie - ogłoszenie z dnia 22.10.2010 r. - punkt III.2.3) ust. 2 w akapicie Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: 2. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Przepisy dotyczące Wykonawcy stosuje się odpowiednio do Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Przy ocenie spełniania warunków przez Wykonawców wspólnie składających ofertę Zamawiający przyjmie, że wymagania, mogą spełniać tylko niektórzy z tych Wykonawców, tak, by sumarycznie w odniesieniu do wszystkich tych Wykonawców były spełnione łącznie. Konsorcjum ELEKTROTIM SA i spełniło wspólnie wymogi postawione przez Zamawiającego. Suma ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie zabezpieczeń wniesionych przez Konsorcjum to kwota 158 milionów złotych w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej

związanej z przedmiotem zamówienia. Po to zostało stworzone konsorcjum, żeby była możliwość wspólnego spełnienia warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ i niewątpliwie w niniejszym postępowaniu zostały one spełnione. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum ELEKTROTIM S.A. jest bezzasadne i podlegać powinno oddaleniu.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 973/11 po stronie Odwołującego:

–9 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. TK

26

TELEKOM Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kijowskiej 10/12a, 03-743 Warszawa, 2. TP TELTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kościuszki 5/7, 59-418 Łódź, 3. PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Hożej 63/67, 00-681 Warszawa. Zgłaszający przystąpienie wskazał, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie w całości. Zamawiający w toku badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podjął nieprawidłową i niezgodną z przepisami ustawy ocenę wniosków wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum Hawe Telekom Sp. z o.o., Konsorcjum Elektrotim i Konsorcjum Wasko.

Przed terminem posiedzenie z udziałem stron i zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej następujące dokumenty:**

1. Pismo procesowe wraz z wnioskami dowodowymi złożone 17 maja 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawności utajnienia polisy OC we wniosku Konsorcjum Alcatel: Polisa OC zawiera następujące informacje: nazwę ubezpieczyciela, nr polisy, nazwę ubezpieczającego/ ubezpieczonego, okres ubezpieczenia, sumę gwarancyjną, przedmiot ubezpieczenia, zakres ubezpieczenia. Informacje te nie stanowią wartości technicznej, technologicznej ani organizacyjnej, której ujawnienie mogłoby wyrządzić szkodę Wykonawcy. W związku z powyższym - wnoszę o analizę Polisy OC złożonej przez Konsorcjum Alcatel - czy zawiera ona informacje, które mogłyby przynieść jakąkolwiek realną szkodę Wykonawcy w wyniku ich ujawnienia. W niniejszym przypadku możliwości dowodowe Odwołującego są znacznie ograniczone, dlatego odnośnie treści Polisy OC Konsorcjum Alcatel, skład orzekający powinien dokonać analizy i stwierdzić, czy występują tam treści, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Polisa OC dotycząca działalności danego przedsiębiorcy nie stanowi dokumentu, który mógłby w jakikolwiek sposób stanowić wartość techniczną, technologiczną lub organizacyjną przedsiębiorstwa, której ujawnienie mogłoby narazić przedsiębiorcę na szkodę. W tym przypadku nie dochodzi do sytuacji, gdzie

27

firmy konkurencyjne - posiadając informacje, które zawiera polisa ubezpieczeniowa - mogłyby w jakikolwiek stopniu zaszkodzić danemu przedsiębiorcy. Zastrzeżenie polisy OC w ocenie Odwołującego w niniejszym przypadku ma tylko i wyłącznie na celu uniemożliwienie weryfikacji jej prawidłowości pozostałym uczestnikom postępowania. W tym kontekście - działanie takie powinno być uznane za czyn stanowiący naruszenie uczciwej konkurencji. Należy podkreślić ponadto, że polisa OC jest to dokument przedstawiany w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i należy podkreślić, że zachodzi duże prawdopodobieństwo, że Konsorcjum Alcatel używało tego dokumentu występując w innych postępowaniach. Powołując się na opinie brokerów, załączone do odwołania - na rynku

ubezpieczeniowym nie utajnia się polisy OC, tego rodzaju działanie jest niespotykane. Zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych - nie można w nieskończoność rozszerzać wyjątków od niej - w sytuacji, gdy usankcjonuje się możliwość utajniania Polisy OC (która jest z zasady dokumentem jawnym, jego utajnianie nie jest praktyką wykonawców) poza sprawozdaniem finansowym (które jest jawne) i dokumentami rejestrowymi i zaświadczeniami z ZUS, US i KRK - wszelkie dokumenty załączane do ofert będą utajniane, gdyż każdy przedsiębiorca będzie mógł stwierdzić, że: „informacja o zdolności kredytowej” ma dla niego wartość „organizacyjną”, „informacja nt. koncesji, zezwolenia lub licencji” ma dla niego wartość „organizacyjną”.

Odwołujący podniósł, że w sytuacji usankcjonowania utajnienia Polisy OC - zasada jawności postępowania stanie się zupełną fikcją, a prymat będzie miała zasada „tajemnicy przedsiębiorstwa”, która się stanie jedną z naczelných zasad zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego utajnienia zobowiązań podmiotów trzecich we wnioskach Konsorcjum Alcatel i Konsorcjum Wąsko, co do zasady w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinni brać udział Wykonawcy, którzy są zdolni do wykonania danego zamówienia. Ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy dał możliwość polegania na potencjale innych wykonawców w sytuacji, gdy przedłoży się oświadczenie tych Wykonawców potwierdzające ten fakt. Podmiot trzeci, który udziela doświadczenia - ma kluczową rolę w postępowaniu, nie mniejszą niż rola Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia (np. partnera Konsorcjum). Informacja o tym, który podmiot udzieli doświadczenia danemu wykonawcy jest informacją kluczową, która co do zasady musi być ujawniona ponieważ stanowi element podstawowy związany z prymatem zasady jawności w postępowaniu. Nie ma wątpliwości, że utajnieniu nie mogą podlegać dokumenty rejestrowe, zaświadczenia urzędowe (z urzędu skarbowego, zakładu ubezpieczeń społecznych, krajowego rejestru karnego) oraz oświadczenia - nt. nie

28

podlegania wykluczeniu z postępowania oraz na temat spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter oświadczenia, które należy traktować na równi z oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w kontekście możliwości jego ujawnienia. Informacja na temat firmy i adresu podmiotu trzeciego udzielającego doświadczenia nie stanowi wartości technicznej, technologicznej ani organizacyjnej przedsiębiorstwa. Są to dane równoważne z danymi z formularza ofertowego na temat danych wykonawcy. W szczególności należy podkreślić, że informacje na temat firmy i adresu podmiotu udzielającego doświadczenia nie są informacjami równoważnymi z zawartymi w wykazie dostaw, usług czy robót budowlanych, które można utożsamić z tzw. „informacjami o rynku zbytu”. Należy również podkreślić, że niemożność uzyskania informacji na temat podmiotu trzeciego, który udziela danego doświadczenia - w konsekwencji powoduje powstanie stanu nierównowagi rynkowej i możliwości składania nieprawdziwych dokumentów zwłaszcza zagranicznych. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie jest podmiotem zainteresowanym w weryfikacji dokumentów zagranicznych przedkładanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zweryfikować te informacje może tylko i wyłącznie inny Wykonawca zainteresowany w uzyskaniu danego kontraktu. Nieujawnienie informacji dotyczących choćby NAZWY „podmiotu trzeciego” wypacza istotę zasady jawności. Uniemożliwia jakąkolwiek weryfikację rynkową oferty lub wniosku wykonawcy.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawności utajnienia całego wykazu zamówień we wniosku Konsorcjum Alcatel: Odwołujący podniósł, iż z uwagi na to, że nie mógł uzyskać jakichkolwiek informacji na temat robót wskazanych we wniosku Konsorcjum Alcatel - wnosząc o analizę, czy roboty wskazane w wykazie złożonym przez Konsorcjum Alcatel nie mają charakteru zamówień publicznych, a tym samym - nie powinny zostać utajnione.

W zakresie zarzutu dotyczącego polis i certyfikatów OC złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum Elektrotim: Podstawowym zarzutem w tym zakresie jest kwestia braku dowodu opłacenia polisy podstawowej HDI Generali dla Telefonika Kable sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna. Wykonawca złożył na dowód opłacenia polisy głównej - jedynie oświadczenie, sygnowane przez ubezpieczyciela, że taką opłaconą polisę Telefonika Kable sp. z o.o. spółka Komandytowo Akcyjna posiada (oświadczenie p. dyr. J. Wąsacza i p. Marii Pabian Specjalisty ds. Ubezpieczeń OC). Oświadczenie to ma charakter ogólny i nie jest wystarczającym dowodem opłacenia polisy. Należy ponadto wskazać, że Wykonawca -

Konsorcjum Elektrotim nie zastosował się do wskazań Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i przedstawił certyfikat ubezpieczenia OC (HDI Gerling) nie wg kursu średniego

29

z dnia wszczęcia postępowania - tj. z 22.10.2010r., który wynosił 3,9734, ale przyjął przelicznik złotówki do euro na poziomie 4,0000 - kwota ubezpieczenia 110 min PLN w certyfikacie wynika z sumowania dwóch polis: polisy NR/NO 001/3003233/07 o wartość 40 min EURO i polisy nadwyżkowej Nr 110/1395800/14486/0/0 o wartości 70 min PLN. Tym samym - stosując się do postanowień ogłoszenia - w efekcie certyfikat powinien być wystawiony na kwotę 109 734 000,00 PLN. Należy więc wskazać, że nie jest on dokumentem potwierdzającym posiadanie ubezpieczenia i jako taki nie może być używany. Zamawiający - powinien więc wezwać do uzupełnienia polisy głównej wraz z dowodem opłacenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego dokumentów dotyczących posiadania ubezpieczenia OC, złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum TK Telekom:

Konsorcjum TK Telekom złożyło certyfikat, w którym potwierdzono jedynie, że ubezpieczyciel zapłaci odszkodowanie „z tytułu uszkodzenia ciała, szkód w mieniu i szkód pośrednich”. Nie stanowi to potwierdzenia posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Certyfikat powołuje się na polisę główną, posiadaną w AXA przez firmę France Telekom i wskazuje na to, że „powyższą polisę można stosować, pod warunkiem zgodności ze wszelkimi obowiązującymi przepisami w miejsce warunków i ograniczeń polisy podstawowej, wystawionej przez AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A.”. Ponadto dodano „niniejszy certyfikat wydaje się tylko w celach informacyjnych i nie przyznaje on żadnych praw jego posiadaczowi”. Tym samym - stwierdzenie, że dokument ten potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalne.

W zakresie zarzutu Konsorcjum Alcatel dotyczącego polis OC złożonych przez Konsorcjum Hawe Telekom:

Konsorcjum Hawe Telekom potwierdziło w jednoznaczny sposób posiadanie ubezpieczenia OC dotyczącego prowadzonej działalności - związanego z przedmiotem zamówienia. Polisy OC firmy Hawe Telekom Sp. z o.o., Sprint S.A., Krakowskich Zakładów Automatyki S.A. dotyczą prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia w postępowaniu - potwierdzają to zarówno polisy złożone wraz z wnioskiem, jak również pisma ubezpieczycieli i brokerów, które są załączone do niniejszego pisma lub będą składane na rozprawie. Odwołanie Konsorcjum Alcatel jest bezpodstawne i jest przykładem sytuacji, gdzie firma, która sama utajniła swoją polisę, gdyż zapewne ona nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu - kwestionuje jak najbardziej prawidłowe dokumenty złożone przez Konsorcjum Hawe Telekom. Konsorcjum Alcatel w sposób bezpodstawny twierdzi, jakoby

30

polisy OC Konsorcjum Hawe nie dotyczyły prowadzonej działalności, ale dotyczyły przyszłego kontraktu - jest to kompletnie bezzasadne twierdzenie, gdyż polisy te dotyczą ubezpieczenia prowadzonej działalności, a ewentualne aneksy mają na celu tylko i wyłącznie lepsze zabezpieczenie zamawiającego. Bezpodstawność i gołosłowność zarzutów Konsorcjum Alcatel jest tak wyraźna, a wręcz rażąca, że trudno jest polemizować z odwołaniem tego Konsorcjum w tym zakresie.

2. Pismo z dnia 17 maja 2011 roku - Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu odwołania wnieśli jedynie Wykonawcy, którzy zakwalifikowali się do dalszego udziału w postępowaniu.

Wobec argumentów zawartych w odwołaniu Konsorcjum Hawe Telekom:

Ad. I - zarzut dotyczący bezpodstawnego utajnienia dokumentów konsorcjum Wasko oraz konsorcjum Alcatel. Zamawiający uwzględnił odwołanie w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa we wniosku konsorcjum Alcatel, tj. dokumentów polisy OC, zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia doświadczenia Wykonawcy oraz wykazu wykonanych zamówień. Zamawiający uznał zarzuty podniesione w odwołaniu za zasadne, gdyż nie podjął wystarczających kroków celem wyjaśnienia podstaw

do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów konsorcjum Alcatel. Co do zasady, uznanie ww. dokumentów za dokumenty zawierające nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności może budzić wątpliwości. Zamawiający dodatkowo informuje, iż przy badaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie powziął wątpliwości co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy ww. informacji, jednakże argumenty powołane w odwołaniu mogą być przekonujące. Zamawiający nadmieniał, iż brak jest wyczerpujących uregulowań prawnych dotyczących omawianego zagadnienia oraz wskazuje na brak jednolitego orzecznictwa interpretacyjnego w ww. zakresie. Tym samym, Zamawiający wezwie Wykonawcę konsorcjum Alcatel do wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa po wydaniu postanowienia lub wyroku przez skład orzekający.

Zamawiający nie uwzględnia odwołania w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa we wniosku konsorcjum Wasko tj. dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia doświadczenia Wykonawcy. Konsorcjum Wasko, co do którego Zamawiający przeprowadził badanie dokumentów zastrzeżonych,

31

wyjaśnił w dokumencie z dnia 28.03.2011 (L. Dz. DSM/MR/5159/03/2011) podstawę zastrzeżenia tajemnicy określonych dokumentów, tym samym, wg Zamawiającego, potwierdził zasadność jej zastrzeżenia. Nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, iż przedmiotowy dokument jest nieprawidłowy i został złożony dla pozorów. Powyższe wynika również z treści zastrzeżonych dokumentów.

Zarzut dotyczący nie potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu przez Konsorcjum Elektrotim - Zamawiający nie uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Konsorcjum Elektrotim przedstawiło następujące dokumenty potwierdzające zawarcie umowy OC:

Elektrotim - firma złożyła dokumenty potwierdzające zawarcie ubezpieczenia OC na sumę 48 500 000,00 PLN

- Polisa OC nr 908 200 027 416 wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Reasek. S.A WARTA na kwotę 40 000 000,00 zł obejmuje okres ubezpieczenia od 01-12-2010r. do 30-11-2011r. Za Polisę została zapłacona składka w wysokości wymaganej wg zapisu w ww. Polisie (I Rata).

- Polisa OC nr 0361003513 wystawiona przez CHARTIS, na kwotę 8 500 000,00 zł obejmuje okres ubezpieczenia od 01-12-2010r. do 30-11-2011 r. Za Polisę została zapłacona składka . Tele - Fonika Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo - Akcyjna - firma złożyła dokument potwierdzający zawarcie ubezpieczenia OC na sumę 149 734 000,00 PLN:

- Certyfikat do Polisy nr 110/1395800/14486/0/0 wystawiony przez HDI ASEKURACJA na kwotę 110.000.000 PLN obejmuje okres od 22-07-2011 r. do 31-03-2011 r., za Polisę została zapłacona składka w wysokości wymaganej wg zapisu w ww. Polisie,

- Certyfikat do Polisy nr 001/3003233/07 wystawiony przez HDI GERLING na kwotę 10.000.000 EUR tj. 39 734 000 PLN (produkcja i sprzedaż kabli i przewodów) obejmuje okres ubezpieczenia od 01-01-2010 r. do 31-03-2011 r. - wg Zaświadczenia HDI Asekuracja Polisa jest opłacona.

Łączna suma ubezpieczenia wynosi: 198 234 000 PLN. Zatem warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie III.2.2) Zdolność ekonomiczna i finansowa ogłoszenia został spełniony

Zarzut dotyczący nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu przez konsorcjum TK Telekom Zamawiający nie

32

uwzględnia odwołania w punkcie III zarzutów przedstawionych w odwołaniu. konsorcjum TK Telekom przedstawiło następujące dokumenty potwierdzające zawarcie umowy OC: TK Telekom - - firma złożyła dokument potwierdzający zawarcie ubezpieczenia OC na sumę 5 000 000,00 PLN - jest to Polisa OC nr 000-10-430-05877697 wystawiona przez ALLIANZ i

obejmuje okres od 13-12-2010 r. do 12-12-2011 r., za Polisę została zapłacona składka w wysokości wymaganej wg zapisu w ww. Polisie.

PKP Energetyka - firma złożyła dokument potwierdzający zawarcie ubezpieczenia OC na sumę 15 000 000,00 PLN jest to Polisa OC nr PO//00319119/2010 wystawiona przez GENERALI i obejmuje okres od 23-07-2010 r. do 22-07-2011 r., za Polisę została zapłacona składka w wysokości wymaganej wg zapisu w ww. Polisie.

TP Teltech - firma złożyła dokument potwierdzający zawarcie ubezpieczenia OC na sumę 50 000 000,00 EUR tj. 198 670 000,00 PLN - jest to Certyfikat Ubezpieczenia do Polisy nr XFR0053190LI, której właścicielem jest FRANCE TELEKOM - Certyfikat Ubezpieczenia do Polisy nr XFR0053190LI jest tłumaczony z języka angielskiego obejmuje okres od 01-04-2010 r. do 31.03.2011 r. włącznie, składka obowiązująca została zapłacona w całości.

Łączna suma ubezpieczenia wynosi: 218 670 000,00 PLN. Zatem warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie III.2.2) Zdolność ekonomiczna i finansowa ogłoszenia został spełniony.

Wobec argumentów zawartych w odwołaniu Konsorcjum Alcatel :

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu dotyczącego nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Wasko, Konsorcjum Hawe Telekom, Konsorcjum Elektrotim tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia w wymaganej przez Zamawiającego wysokości. Stawiając warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj.: są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150.000.000 zł. Na potwierdzenie ww. warunku udziału Wykonawcy obowiązani byli przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wskazani w odwołaniu złożonym przez Konsorcjum Alcatel, tj. Konsorcjum

Hawe Telekom, Konsorcjum Elektrotim, Konsorcjum Wasko przedłożyli polisy, których przedmiotem jest ubezpieczenie działalności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej w odniesieniu do kontraktu na zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej Województwa Dolnośląskiego składającej się z warstwy szkieletowej oraz dystrybucyjnej w ramach projektu pn. "Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej", tj. w odniesieniu do kontraktu stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia. We wszystkich przypadkach Odwołujący zarzuca, że wskazane wyżej konsorcja nie posiadają w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia polisy OC w wymaganej wysokości. W ocenie Zamawiającego przedstawione polisy potwierdzają jednak sytuację ekonomiczną i finansową konsorcjów i odpowiadają wymogom stawianym w ogłoszeniu o zamówieniu. Z uwagi na wysokość sumy ubezpieczenia (150.000.000 zł) Zamawiający uznał za spełnienie warunku posiadania wymaganego ubezpieczenia OC, jeżeli wykonawca posiadał taki rodzaj ubezpieczenia na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na mniejszą sumę i zawarł (przed tą datą) z towarzystwem ubezpieczeniowym umowę na podwyższenie sumy ubezpieczenia do wymaganej kwoty w chwili uzyskania zamówienia. Przedstawione dokumenty spełniają wszystkie wymogi postawione wobec dokumentu wymaganego przez Zamawiającego, tj. każdy z wykonawców udokumentował, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, a ubezpieczenie dotyczy działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Przedmiotowe polisy zostały opłacone (względnie opłata nie była wymagalna na dzień składania wniosków). W konsekwencji każdy z wykonawców wykazał, że znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Warto nadmienić, że wykonawca w celu zawarcia umowy ubezpieczenia OC przedstawia ubezpieczycielowi informacje niezbędne dla oceny jego sytuacji, w tym sytuacji ekonomiczno - finansowej (informacje szczegółowe do oceny ryzyka) m.in. o wypłaconych w przeszłości odszkodowaniach za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności zawodowych lub prowadzonej działalności (ilości szkód i wysokości

wypłaconych odszkodowań). Z wykonawcą, który w przeszłości wyrządzał szkody wskutek wykonywania zamówień ubezpieczyciel może nie zawrzeć umowy ubezpieczenia, a w konsekwencji wykonawca ten nie złoży więc wymaganej polisy w wymaganej wysokości. Należy przypuszczać, że tego rodzaju weryfikacja Wykonawcy przez ubezpieczyciela została dokonana i w tym wypadku, a wystawiona polisa potwierdza, że wykonawca został zweryfikowany pozytywnie, a więc posiada zdolność do wykonania zamówienia. Zgodnie z obowiązującymi przepisami wykonawca powinien udokumentować (i udokumentował)

34

spełnianie warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jednakże jego potencjał winien być zdaniem zamawiającego oceniany w kontekście zagrożeń związanych z realizacją kontraktu stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia publicznego oraz innych kontraktów zawartych przez Wykonawcę i realizowanych po tej dacie. Możliwość skorzystania przez Wykonawcę z polisy OC przed zawarciem umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne nie ma faktycznego znaczenia dla wykonania tej umowy. Oznacza to, że warunek udziału (w tym przypadku posiadanie ubezpieczenia) winien być spełniony na etapie składania wniosków, a wystarczającym z punktu widzenia Zamawiającego jest, jeśli polisa w pełni zabezpiecza odpowiedzialność cywilną Wykonawcy w momencie zawarcia umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Dodatkowo, odnosząc się do zarzutu zawartego dotyczącego „Polisy Nadwyżkowej” Telefonika Kable na działalność „produkcja i sprzedaż kabli” - jakkolwiek produkcja kabli telekomunikacyjnych jako podstawowego wyrobu wykorzystywanego w projekcie DSS nie będzie odbywać się na placu budowy, to jednakże sprzedaż, której elementem jest dostawa pozostaje w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia poprzez fakt, że ich zła jakość może wywołać w procesie budowy sieci DSS i po jego zakończeniu zdarzenia objęte ochroną od odpowiedzialności ubezpieczonego; przykładowo: utrata zdrowia instalatorów i szkody dla środowiska naturalnego w przypadku niespełniania wymagań dotyczących właściwości fizyko- chemicznych powłoki kabla (łamliwość, toksyczność), szkody (zniszczenie mienia, zatrucia ludzi) w wyniku pożaru spowodowanego zapaleniem się kabli z wydzielaniem dymów toksycznych w przypadku niespełniania wymagań dotyczących niepalności powłok i wypełnień żelowych kabli oraz toksyczności produktów ich spalania. Zatem warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie III.2.2) Zdolność ekonomiczna i finansowa ogłoszenia został spełniony.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. doświadczenia w zakresie usług Konsorcjum Wasko Zamawiający uwzględnia odwołanie. Zamawiający informuje, iż usługi wymienione w lit. b), c) i d) odwołania zostały zakwestionowane przez Zamawiającego już na etapie badania i oceny przedmiotowego wniosku. Pozytywna ocena projektu z lit. a) opierała się na decyzji organu zatwierdzającego ww. projekt w decyzji o pozwoleniu na budowę i de facto była ograniczona do wymagań celu jakiego projekt ten miał służyć. Zamawiający tym samym podziela pogląd Odwołującego, że dokumenty przedłożone we wniosku o dopuszczenie do udziału w

35

postępowaniu przez Konsorcjum Wasko nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Zamawiający informuje, iż wezwie Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w III.2.3) Zdolność techniczna po wydaniu postanowienia lub wyroku przez skład orzekający.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 966/11 i KIO 973/11:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi

art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 maja 2011 roku oraz zostały przekazane w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdzają dołączone do odwołań informacje potwierdzające przesłanie odwołań i co potwierdziła na posiedzeniu Zamawiający.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego Konsorcjum Hawe Telekom – tj. zaświadczenie PZU oraz pismo Ergo Hestia do sprawy o sygn. akt KIO 973/11.

36

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 966/11 po stronie Zamawiającego tj.:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. TK TELEKOM Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kijowskiej 10/12a, 03-743 Warszawa, 2. TP TELTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kościuszki 5/7, 59-418 Łódź, 3. PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Hożej 63/67, 00-681 Warszawa

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron oraz zgłaszających przystąpienia stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 6 maja 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpień wyżej wymienionych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nastąpiło 9 maja 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia w każdego z wymienionych wyżej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, tym samym Izba uznała, iż wyżej wymienionych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stali się uczestnikami postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 973/11:

37

- po stronie Zamawiającego tj.:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Hawe Telekom Sp. z

o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ELEKTROTIM S.A. (pełnomocnik) z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław, 2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków

- po stronie Odwołującego tj.:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. TK TELEKOM Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kijowskiej 10/12a, 03-743 Warszawa, 2. TP TELTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kościuszki 5/7, 59-418 Łódź, 3. PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Hożej 63/67, 00-681 Warszawa
W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron oraz zgłaszających przystąpienia stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 6 maja 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpień wyżej wymienionych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nastąpiło 9 maja 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia w każdego z wymienionych wyżej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, tym samym Izba uznała, iż wyżej wymienionych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stali się uczestnikami postępowania odwoławczego odpowiednio po stronie Zamawiającego i Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

38

Sygn. akt KIO 966/11

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba odnosi się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4, poprzez zaniechanie wykluczenia, a względnie wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, oraz art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp poprzez uznanie za skuteczne dokonane zastrzeżenia informacji bezzasadnie utajnionych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w we wnioskach

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, 2. Maribel Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa (dalej: Konsorcjum Alcatel)

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław (dalej - Konsorcjum Wąsko).

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o*

udzielnie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynnościach podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, poczynając od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

39

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w „*innych informacjach posiadających wartość gospodarczą,*”. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67).

40

Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „*w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji*”. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki

charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie oraz zawartym w piśmie Odpowiedź na odwołanie z dnia 17 maja 2011 roku, Zamawiający wezwał pismem z dnia 25 marca 2011 roku konsorcjum Wasko do złożenia stosowanych wyjaśnień w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum Wasko w odpowiedzi z dnia 28 marca przedstawiło swoje stanowisko. Na podstawie tego Zamawiający odtajnił część dokumentów jednocześnie uznając wyjaśnienia Konsorcjum Wasko za wystarczające. Konsorcjum zastrzegło jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa następujące

41

dokumenty: zobowiązanie podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji wiedzy i doświadczenia, wykaz usług, wykaz robót, referencje, zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji osób, wykaz osób. Odwołujący kwestionował tylko objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązanie podmiotu trzeciego /podmiotów trzecich do udostępnienia swojego potencjału w zakresie oddania wykonawcy do dyspozycji wiedzy i doświadczenia – co jednoznacznie oświadczył na rozprawie. Konsorcjum Wasko w złożonym piśmie wykazało, iż dokumenty złożone wraz z wnioskiem a stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba uznała czynności Zamawiającego za prawidłowe i wyczerpujące obowiązek badania skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji zawartych we wniosku, tym samym zarzutu postawionego przez Konsorcjum Hawe w tej części nie uwzględnia.

Konsorcjum Alcatel na rozprawie złożyło pismo w sprawie i wskazało w zakresie podniesionych zarzutów: realizując swe ustawowe uprawnienie wyrażone m.in. w art. 8 ust. 3 ustawy Konsorcjum Alcatel zastrzegło, że nie mogą być udostępniane następujące informacje i dokumenty stanowiące tajemnice: Certyfikat ubezpieczeniowy potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wraz z potwierdzeniem zapłaty składki; pisemne zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia do dyspozycji Konsorcjum Alcatel niezbędnych zasobów na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia, wykaz wykonanych usług oraz wykaz wykonanych robót budowlanych, jedynie w zakresie usług i robót budowlanych wykonanych na podstawie umów, które nie zostały zawarte w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wbrew twierdzeniom i zarzutom zawartym w odwołaniu Konsorcjum Hawe, Konsorcjum Alcatel nie zastrzegło wykazu usług i robót budowlanych wykonanych na podstawie umów w sprawach zamówień publicznych. Umowy takie są, bowiem, zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy, jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny

42

przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Informacje objęte klauzulą poufności we wniosku Konsorcjum Alcatel wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Certyfikat ubezpieczeniowy potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wraz z potwierdzeniem zapłaty składki. Informacje zawarte w w/w stanowią istotne informacje o charakterze gospodarczym a tym samym posiadają wartość gospodarczą. Dopuszczalność zastrzeżenia informacji zawartych w polisie OC jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 30.07.2010 roku sygn. akt KIO1498/10)

Wykaz usług i Wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego/podmiotów trzecich o udostępnieniu do dyspozycji Konsorcjum Alcatel niezbędnych zasobów na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia. Konsorcjum Alcatel zastrzegło we wniosku jedynie tę część wykazu usług oraz wykazu robót budowlanych, które były wykonywane w wyniku umów zawartych z podmiotami prywatnymi/niepublicznymi. Możliwość utajnienia informacji zawartych w wykazie wykonanych zamówień w zakresie umów z kontraktów zawartych z podmiotami prywatnymi potwierdza Konsorcjum Hawe w pkt I Ad. 3 odwołania z dnia 6 maja 2011 roku. *„Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - utajnieniu może podlegać wykaz wykonanych zamówień tylko w zakresie zamówień nie stanowiących kontraktów publicznych”*. Tym samym Konsorcjum Hawe nie kwestionuje skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Alcatel wykazu usług i wykazu robót budowlanych. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa kontrakty były zawierane z podmiotami niepublicznymi/prywatnymi, a tym samym wiedza o nich nie jest powszechnie dostępna, zwłaszcza w kontekście ich przedmiotu, wartości czy terminu realizacji. Informacje te nie są także jawne na podstawie odrębnych przepisów w szczególności ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zastrzeżenie informacji znajdujących się w wykazach usług i robót budowlanych, ma na celu ochronę interesów członków Konsorcjum Alcatel i podmiotów udostępniających temu konsorcjum niezbędne zasoby, poprzez uniemożliwienie podmiotom konkurencyjnym poznania obszarów działania Konsorcjum Alcatel i podmiotów udostępniających zasoby. Ma to szczególne znaczenie ze względu na to, że informacje zawarte w wykazach nie były - jako zbiór informacji - nigdzie wcześniej podawane do publicznej wiadomości. W wyniku zgromadzenia tych informacji/dokumentów we wniosku

43

powstał zupełnie nowy zbiór informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Na zbiór ten jako całość składają się wykazy usług i robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu tych zasobów. Informacje zawarte w zobowiązaniu podmiotu trzeciego o udostępnieniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż wskazują z jakimi podmiotami wykonawca utrzymuje kontakty handlowe. Oceniając zasadność złożonego zastrzeżenia należy brać pod uwagę całość informacji zawartych w złożonych dokumentach/zbiorze. Utajnione informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi, są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Udostępnienie konkurencji zbioru wszystkich informacji o projektach i ich wartościach spowoduje obniżenie konkurencyjności Konsorcjum Alcatel. Ze względu na charakter przedmiotowego zamówienia realizowanego po raz pierwszy w Polsce na tak dużą skalę, a także rodzaj procedury, którą jest przetarg ograniczony, ujawnienie informacji dotyczących cen poszczególnych elementów analogicznych projektów zrealizowanych w przeszłości przez podmioty udostępniające doświadczenie pozwoli konkurencyjnym wykonawcom na poznanie polityki cenowej stosowanej przez podmioty udostępniające Konsorcjum Alcatel swoje zasoby, w zakresie analogicznych zamówień. W konsekwencji może to doprowadzić do zmniejszenia konkurencyjności Konsorcjum Alcatel a nawet poniesienia szkody z powodu nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. Nie powinno budzić wątpliwości, iż fakt zawarcia umowy pomiędzy dwoma kontrahentami (podmiotami

niepublicznymi) może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a takimi właśnie umowami są umowy zawarte pomiędzy Konsorcjum Alcatel a podmiotami udostępniającymi zasoby. Zatem, skoro z wykazu zrealizowanych umów jak i z dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie można wysnuć wniosek co do tego, kto je zrealizował a tym samym jaki podmiot udostępnił Konsorcjum Alcatel swoje zasoby to także te informacje należało zastrzec. W celu uniknięcia możliwości powzięcia informacji o zawarciu umowy pomiędzy Konsorcjum Alcatel a podmiotami udostępniającymi zasoby (podjęcie odpowiednich działań stanowi przesłankę do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa) Konsorcjum Alcatel musiało utajnić wykaz dostaw i robót oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. Samo zastrzeżenie zobowiązania do udostępnienia zasobów bez zastrzeżenia wykazu wraz referencjami byłoby bezskuteczne bowiem na podstawie właśnie tych

44

dokumentów konkurencyjni wykonawcy mogliby się dowiedzieć z kim Konsorcjum Alcatel kooperuje oraz w jaki sposób wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu i uzyskuje ewentualną przewagę cenową. Oceniając złożone informacje jako całość, bez wątplenia należy uznać, że złożone informacje mają charakter organizacyjny określonej wartości z polityką przedsiębiorstwa, stanowiący gospodarczą. Zgodnie z bezpieczeństwem członków Konsorcjum Alcatel nie ujawnia żadnych informacji dotyczących zawartych umów i ich realizacji, chyba że są to jawne umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji zarządu spółki albo z działań osób trzecich (np. kontrahentów członków Konsorcjum Alcatel.). Okoliczność ta nie jest jednak przesłanką do zniesienia klauzuli poufności, gdyż jak wskazuje prof. S. Sołtyśński: „Nadal aktualny jest pogląd SN, że tajemnica nie traci swego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób, w tym także niezależnych konkurentów. Stosunkowo szeroki krąg osób wiedzących o źródłach zaopatrzenia i zbytu przedsiębiorstwa nie pozbawia takich informacji poufności charakteru. Mogą one nadal stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa” (post. SAMop. z 15.05.1996r. XVII Amz, 1/96, Wokanda 1997r. nr 10, s. 55). Tak też np. SN w wyr. z 22.4.1938r., 3K2496/37, OSP 1938, poz. 278.). Informacje objęte klauzulą poufności we wniosku Konsorcjum Alcatel wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarówno zakres jak i treść ww. tajemnicy określa przedsiębiorca - tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi m.in. wykaz zrealizowanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Stanowisko to potwierdza zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i stanowiska doktryny (sygn. akt UZP/ZO/0-1759/04 Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 października 2004 r., sygn. akt KIO 1427/10, KIO 1430/10 WYROK z dnia 20 lipca 2010r. Sygn. akt KIO/UZP 1101/09 WYROK z dnia 9 września 2009 r.). Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55). Pogląd ten potwierdza stanowisko doktryny, prof. Elżbieta Wojcieszko-Głuszko wskazuje wprost: „W literaturze zagranicznej pod pojęciem "tajemnica przedsiębiorstwa" (Unternehmensgeheimnis), rozumie się wszystkie niejawnie fakty odnoszące się do spraw relewantnych dla funkcjonowania przedsiębiorstwa: w zakres tego pojęcia wchodzi zarówno "tajemnica produkcyjna" (Fabrikationsgeheimnis), jak i "tajemnica handlowa" (Geschäftsgeheimnis). Tajemnica produkcyjna dotyczy zastosowania określonej metody

45

produkcji, natomiast przedmiotem tajemnicy handlowej (zwanej też "tajemnicą kupiecką" jest wiedza i doświadczenia natury administracyjno handlowej (wewnętrzna struktura organizacyjna, relacje z klientami). Tajemnica handlowa dotyczy, zarazem tego rodzaju faktów, jak zawarte przez przedsiębiorstwo umowy i porozumienia, postanowienia dotyczące majątku przedsiębiorstwa, listy klientów, źródła pozyskiwania surowców i towarów, szczególne dane dotyczące organizacji zakładu, jego planów gospodarczych i strategii, sytuacji finansowej, a także prowadzonych eksperymentów i prac naukowo - badawczych. " - tak w: „ Ochrona prawna know-how w prawie polskim na tle prawnoporównawczym"

(Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego; Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej; Zeszyt 81; wyd. Kantor Wydawniczy Zakamycze Kraków 2002r.; str. 62-63). Powyższy pogląd koresponduje z poglądami prof. S. Sołtyśńskiego. W komentarzu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Redaktor prof. Janusz Szwaja; wyd. C.H. Beck Warszawa. 2000r., komentarz do art. 11 ustawy, str. 309 i nast.) prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji chroni (tj. uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa) m.in. listy klientów (op. cit. str 311). W związku z powyższym Konsorcjum Alcatel wniosło o oddalenie odwołania Konsorcjum Hawe w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Alcatel.

Izba rozpoznając tę część zarzutu uwzględniła stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie Odpowiedź na odwołanie z dnia 17 maja 2011 roku oraz złożone na rozprawie oświadczenie dotyczące uznania przez Zamawiającego zarzutu w części dotyczącej Konsorcjum Alcatel w ten sposób, iż Zamawiający wezwie Konsorcjum Alcatel do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów Konsorcjum Alcatel. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Zamawiający zawsze powinien badać skuteczność zastrzeżenia w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (Sąd Najwyższy, Uchwała z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05). Zamawiający przyznał, iż nie dokonywał takiego badania w zakresie dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa we wniosku Konsorcjum Alcatel – nie wykonał zatem czynności mającej kluczowe znaczenie dla podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odtajnieniu dokumentów. Sąd Najwyższy – wskazując, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia a dopiero w wyniku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia następuje wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji – nie określił w jaki sposób Zamawiający ma rozstrzygać czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy

46

przedsiębiorstwa. Nadal, pomimo licznych orzecznictwa oraz zdefiniowanego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa każda sprawa rozpoznawana musi być przez Zamawiającego indywidualnie. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należyta staranność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie może uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne) a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł we wniosku informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie czynności Zamawiającego. W piśmiennictwie – między innymi glosa S. Salomonowicza do uchwały SN z dnia 21 października 2005 roku II CZP 74/05 – wskazywany jest pogląd, iż wyjaśnienie tych wątpliwości może nastąpić w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy. Wydaje się również zasadna argumentacja wskazująca na możliwość zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w poszanowaniu zasad określonych w ustawie, tym samym Zamawiający powinien dochować wszystkich czynności aby zasadam tym nie uchybić. Zamawiający naruszył podnoszoną w odwołaniu zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X

Ga 25/08). Należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zmawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy

47

przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż Zamawiający zaniechał działań mających na celu wyjaśnienie, czy wykonawca prawidłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z czym nakazała Zamawiającemu wezwać Konsorcjum Alcatel do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Sygn. akt KIO 973/11

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba odnosi się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 51 ustawy odnośnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław (dalej: „Konsorcjum Wąsko”) poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie nie uzupełnienia zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzut podniesieniowy w odwołaniu Konsorcjum Alcatel, zaś Konsorcjum Wasko popierało Zamawiającego. Izba wskazuje, że nawiązująca się pomiędzy stronami (zamawiającym a wykonawcami) procedury o udzielenie zamówienia więź czyli stosunek przedkontraktowy, zostaje zawieszony poprzez skorzystanie przez wykonawcę z prawa zaczepienia wadliwej czynności Zamawiającego poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Wykonawcy korzystając z „elementu skargowego” wywołują postępowanie odwoławcze w trakcie procedury mającej na celu przymuszenie Zamawiającego do należytego wykonania ciążącym na nim zobowiązań – przywrócenia stanu zgodnego z

48

prawem lub wywołania takiego stanu. Jednocześnie genezy efektu wywołanego postępowaniem odwoławczym, czyli zabezpieczenia właściwego i rzeczywistego wykonania zobowiązania przez Zamawiającego należy upatrywać w zasadzie realnego wykonania zobowiązania. Podstawowym wyznacznikiem zasady realnego wykonania zobowiązania jest pierwszeństwo realizacji zobowiązania zgodnie z jego treścią przez dłużnika. Zadaniem środków korygujących przewidzianych w ustawie jest zabezpieczenie interesów - poprzez do rzeczywistego wypełnienia wykonawców wierzycieli doprowadzenie zobowiązania proceduralnego przez Zamawiającego-dłużnika. Postępowanie sporne – postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma na celu rozstrzygnięcie sporu jaki powstał pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, którego to inicjatorem jest Wykonawca wykazujący, iż doszło do naruszenia w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznych przepisów, które to w efekcie naruszenie może spowodować naruszenie interesu wykonawcy oraz szkodę po jego stronie. Tak więc strony stosunku przedkontraktowego pozostają w sporze co do realizacji elementów zobowiązania, którym są związane i zadaniem Izby jest ten spór rozpoznać i orzec co do ukształtowanych zarzutów. Wynika z tego, iż postępowanie przed Izbą dotyczy tych elementów stosunku zobowiązaniowego, który jest sporny tym samym w przypadku uwzględnienia zarzutu bądź

części zarzutów przez Zamawiającego, nawet w trakcie rozprawy, przestaje istnieć pomiędzy stronami postępowania o udzielenie zamówienia spór, nie istnieje w tym zakresie przedmiot postępowania odwoławczego. Izba nie dysponuje ustawowym narzędziem częściowego umorzenia postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższe, Izba nakazała wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169 Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców Poczty Gdańskiej 13A, 52-504 Wrocław w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a także - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej jednej dokumentacji projektowej obejmującej zaprojektowanie w pasie linii kolejowej minimum jednego odcinka linii światłowodowej łączącej lub obejmującej minimum dwie stacje kolejowe.

49

Sygn. akt KIO 966/11 oraz Sygn. akt KIO 973/11

Izba odnosi się do zarzutów:

1) (sygn. akt. KIO 966/11) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia a względnie wezwania do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54 156 Wrocław,
2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków (dalej: Konsorcjum Elektrotim)

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. TK TELEKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kijowskiej 10/12a, 03-743 Warszawa, 2. TP TELTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kościuszki 5/7, 59-418 Łódź, 3. PKP ENERGETYKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Hożej 63/67, 00-681 Warszawa

oraz

2) (sygn. akt KIO 973/11) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 51 ustawy poprzez: dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z ogłoszeniem i ustawą oraz rozporządzeniem 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*:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Hawe Telekom Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Legnicy przy ulicy Działkowej 38, 59-220 Legnica, 2. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellończyka 26, 10-026 Olsztyn, 3. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 28, 35-552 Kraków - zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie nie uzupełnienia zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

1. ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stargardzkiej 8, 54-156 Wrocław,
2. Tele-Fonika Kable Sp. z o.o.S.K.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Wielickiej 114, 30-633 Kraków - zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

50

i w razie nie uzupełnienia zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. WASKO S.A. (pełnomocnik) z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100

Gliwice, 2. FONBUD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Redyckiej 71, 51-169
Wrocław, 3. Jacek Dudek TELNET S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obrońców
Pocztą Gdańską 13A, 52-504 Wrocław (dalej: „Konsorcjum Wąsko”) - zaniechanie wezwania
do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie nie uzupełnienia zaniechanie
wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy

W zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej polegającego na wykazaniu się posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150 000 000,00 zł.

Konsorcjum Alcatel wniosło w sprawie o sygn. akt KIO 973/11 pismo procesowe: Zamawiający, w pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej polegający na tym, że wykonawcy muszą być ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150 000 000,- PLN. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał przedstawienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej w związku z bardzo wysoką sumą ubezpieczenia żadaną przez Zamawiającego był warunkiem bardzo trudnym do spełnienia ze względu na bardzo wysokie koszty jakie musieliby ponieść wykonawcy, żeby ubezpieczyć prowadzoną przez siebie działalność na kwotę wymaganą przez Zamawiającego. Zamawiający pomimo prób wykonawców o obniżenie kwoty ubezpieczenia nie zmienił pierwotnie postawionego wymagania. Dlatego na etapie badania wniosków Zamawiający miał szczególny obowiązek zweryfikowania, czy wykonawcy, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniają postawiony warunek. Warunek dotyczył konieczności bycia ubezpieczonym na dzień składania wniosku. W celu rozstrzygnięcia kwestii czy dany

51

podmiot jest ubezpieczony, czy nie, w dacie złożenia wniosku należy posłużyć się definicją legalną umowy ubezpieczenia zawartą w kodeksie cywilnym. Zgodnie z art. 805 §1 kodeksu cywilnego przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Natomiast zgodnie z art. 806 §1 kc umowa ubezpieczenia jest nieważna, jeżeli zajście przewidzianego w umowie wypadku nie jest możliwe. Bycie ubezpieczonym w chwili składania wniosków jest zatem uzależnione od tego, czy dane zdarzenie ubezpieczeniowe może zaistnieć w danym momencie. Warunki udziału w postępowaniu mają spełniać wszyscy wykonawcy, a nie tylko ten z którym zostanie zawarta umowa. Objęcie zakresem ubezpieczenia działalności związanej wyłącznie z realizacją kontraktu, który ma być zawarty w przyszłości i nie wiadomo czy w ogóle zostanie zawarty z danym wykonawcą, powoduje, że na dzień składania wniosków wykonawca dysponujący taką polisą nie jest ubezpieczony. Ubezpieczenie umowy, która będzie dopiero zawarta w wyniku wygrania przez wykonawcę przetargu powoduje, że w chwili składania wniosku przedmiot ubezpieczenia nie istnieje, a zatem, polisa niczego nie zabezpiecza. Nie ma bowiem kontraktu którego dotyczy i nie ma pewności czy kiedykolwiek zostanie zawarty. Z treści dokumentów znajdujących się we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Konsorcjum Hawe Telekom, Konsorcjum Elektrotim i Konsorcjum Wąsko (str. 90-93, str. 95 str. 97 wniosku) jednoznacznie wynika, iż zakres ubezpieczenia obejmuje wyłącznie realizację umowy, która będzie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. Powyższe oznacza, iż w dacie składania wniosków nie istniał przedmiot ubezpieczenia. Zgodnie z orzecznictwem KIO, celem żądania posiadania ubezpieczenia OC na etapie składania wniosków jest potwierdzenie, że wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia, tj. na opłacenie składek. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że polisa OC składana przez wykonawców w ramach wykazania spełniania warunku udziału w

postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że to wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez Zamawiającego wysokości (Wyrok KIO z dnia 30.11.2010 r. sygn. akt KIO 2512/10; Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. Sygn. akt KIO 2801/10; Wyrok z dnia 21 maja 2010r. Sygn. akt: KIO/UZP 814/10; Wyrok KIO z dnia 15.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; Wyrok z dnia 9

52

marca 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZO 223/09). Wykonawcy: Konsorcjum HA WE Telekom, Konsorcjum Elektrotim i Konsorcjum Wąsko przedłożyli dokumenty, które nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej polegającego na byciu ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na dzień składania wniosków.

Odnosząc się do zarzutów z odwołań Izba wskazuje, iż na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ustawy zgodnie z opisem sposobu spełnienia warunku zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 48 ust.2 pkt 6 ustawy), na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Dokumenty jakich może żądać Zamawiający zostały określone - zgodnie z delegacją art. 25 ust. 2 Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną – w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) (dalej: rozporządzenie). Na podstawie § 1 pkt 1 ppkt 10 rozporządzenia W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, (...), których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w*

53

postępowaniach określonych w art. 26 ust 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust 2 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...)opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby istotnym jest również fakt, iż wykazanie przez wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnienia wymagań ukształtowanych przez Zamawiającego ma znaczenie dalekosiężne, bowiem stanowi kluczowy element wyboru wykonawcy dającego gwarancję należytej realizacji zamówienia. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób jednoznaczny podał opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej – posiadanie opłaconej polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z prowadzoną działalnością gospodarczą o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150 000 000,00 złotych.

Wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia składana jest w postępowaniu w celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej tego wykonawcy pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Posiadanie ubezpieczenia OC potwierdza zatem po pierwsze – zdolność bycia ubezpieczonym a po drugie – zdolność poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia. Ubezpieczyciel dokonując oceny danego podmiotu co do możliwości jego ubezpieczenia podejmuje czynności mające na celu określenie ryzyka jakie ponosi ubezpieczający ubezpieczając dany podmiot, co między innymi stanowi o wysokości składki (składek) w zależności od sumy ubezpieczenia. Określona wysokość składki ubezpieczeniowej uzależniona jest zatem od czynników mających znaczenie dla ubezpieczyciela; nie jest podstawą jej ustalenia możliwość opłacania polisy (ponoszenia realnych kosztów ubezpieczenia) przez samego zainteresowanego chcącego ją pozyskać. Na kanwie zamówień publicznych ten sam dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z

54

przedmiotem zamówienia) potwierdza inną zdolność tego samego podmiotu, a mianowicie zdolność ekonomiczną i finansową, która jest elementem kwalifikacji wykonawców w postępowaniu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie dokonuje się oceny zdolności uzyskania danego ubezpieczenia lecz podlega ocenie zdolność „udźwignięcia” przez wykonawcę ciężaru zakupionego ubezpieczenia tj. faktycznego poniesienia kwoty za jaką wykonawca owe ubezpieczenie o odpowiedniej sumie ubezpieczenia zakupił. Dla oceny spełnienia warunku posiadania określonej zdolności ekonomicznej i finansowej przez posiadanie ubezpieczenia OC nie bez znaczenia pozostaje fakt opłacania ubezpieczenia, co zostało jednoznacznie wyartykułowane w rozporządzeniu – § 1 pkt 1 ppkt 10. Ubezpieczenie może być opłacone jednorazowo lub w kilku, wcześniej ustalonych składkach (ratach), co powoduje, że istnieje swoista pewność opłacenia ubezpieczenia w oparciu o zawartą umowę. Nie potwierdza zaś spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokument zawierający warunek zawieszający opłacenie kolejnej bądź kolejnych składek w wyniku uzyskania bądź nieuzyskania danego zamówienia.

Uwzględniając powyższą argumentację Izba uznała, że:

- Konsorcjum Hawe Telekom składając następujące dokumenty: polisa nr 908200071093 wystawiona przez WARTA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji SA, ubezpieczający: HAWE Telekom sp. z o.o.; Polisa nr OGD B535 0010 wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, Ubezpieczający/ubezpieczony: SPRINT sp. z o.o.; Polisa nr 901006319975 wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA, w której jako Ubezpieczony zostały wskazane: Krakowskie Zakłady Automatyki SA. – nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- Konsorcjum Elektrotim składając następujące dokumenty: Certyfikat do polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 110/1395800/14486/0/0/ oraz Polisa Nadwyżkowa Ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 110/1395800/14486/0/0/, wystawione przez HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Ubezpieczający i Ubezpieczony: TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. SKA. – nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- Konsorcjum Wasko składając następujące dokumenty: polisa nr PO/00357162/2011, wystawiona przez Generali T.U. S.A., w której jako Ubezpieczający i Ubezpieczony zostało wskazane: WASKO S.A.; Polisa nr 901006322681, wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA w której jako Ubezpieczony został wskazany: FONBUD sp. z o.o.; Polisa nr 901006322597, której jako Ubezpieczony został wskazany: Jacek Dudek TELNET S.K.A.

55

Zamawiający zobowiązany został do wezwania powyżej wskazanych wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie Konsorcjum TK Telekom Izba uznała, co również zostało przyznane na rozprawie przez Odwołującego Konsorcjum Hawe Telekom, że Certyfikat Ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej złożony na stronie 81 i następne wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Z treści dokumentu wynika zakres ubezpieczenia oraz suma ubezpieczenia – 50 000 000 euro, a także fakt opłacenia polisy w całości. Słusznie w ocenie Izby zauważyło Konsorcjum TK Telekom, że Zamawiający nie wymagał aby w dokumencie ubezpieczenia zawarte były informacje o zgodności z przedmiotem zamówienia – należy bowiem mieć na uwadze, że dokument ubezpieczenia stanowi dokument wydawany przez podmioty trzecie i zazwyczaj jest dokumentem określonym wewnętrznymi przepisami każdego z ubezpieczycieli. Dodatkowo należy zaznaczyć, że Odwołujący nie wskazał źródła określającego konieczne elementy jakie musi zawierać Certyfikat Ubezpieczenia. Tym samym Certyfikat Ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *o działalności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis

56

art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Izba dopuściła dowody złożone przez Konsorcjum Hawe Telekom, tj. zaświadczenie PZU do sprawy 973/11 oraz pismo Ergo Hestia również do sprawy 973/11, jednakże w ocenie Izby dowody te poza potwierdzeniem zawarcia umów ubezpieczeniowych nie potwierdziły faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez to Konsorcjum.

W tym miejscu należy również podnieść, iż Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż „*Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)*”. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich

wnioski zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołujących zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich*

57

wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

58