Sygn. akt: KIO 2302/13
Sygn. akt: KIO 2314/13

WYROK
z dnia 15 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

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

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

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

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

przy udziale:

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

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

---

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

orzeka:

1. **Oddala oba odwołania.**

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

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

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul.**

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

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

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

Przewodniczący: ……

……

……

---

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

Uzasadnienie

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

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

KIO 2302/13

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

1) wykluczeniu odwołującego z postępowania pomimo wykazania przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, alternatywnie, w przypadku nie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego zarzutu - zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu albo skierowaniu do odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów, które nie wskazywało w sposób wystarczająco precyzyjny oczekiwań zamawiającego co do treści uzupełnianych dokumentów,
2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: In ynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, BESTA Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, Sack Invent Poland

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej *„konsorcjum In ynieria Rzeszów"),* mimo zło enia przez konsorcjum In ynieria Rzeszów nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, alternatywnie, w przypadku nie

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

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

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

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

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

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

1) nakazanie zamawiającemu uniewa nienia czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i uznania, e odwołujący wykazał spełnianie tego warunku, alternatywnie - nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i skierowania wezwania

o uzupełnienie, które precyzyjnie określać będzie oczekiwania zamawiającego do treści zaświadczeń z banków,

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania przez konsorcjum In ynieria Rzeszów warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i wykluczenia konsorcjum In ynieria Rzeszów z postępowania, alternatywnie - nakazanie zamawiającemu wezwania konsorcjum In ynieria Rzeszów do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wykazujących spełnienie przez Konsorcjum In ynieria Rzeszów warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,
4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny konsorcjum OHL i odrzucenia oferty konsorcjum OHL na postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp,
5) nakazanie zamawiającemu zaprzestania naruszania zasady jawności postępowania i udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu postępowania, w tym protokołów i notatek komisji przetargowej.

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

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

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie:
1) konsorcjum In ynieria Rzeszów,

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

Zamawiający nie zło ył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

KIO 2314/13

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

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy In ynieria Rzeszów, mimo, i zawiera ona ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2) ewentualnie art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy In ynieria Rzeszów, mimo i wyjaśnienia zło one przez tego wykonawcę nie potwierdzają, e oferta nie zawiera ra ąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3) art. 24 ust. 2 pkt 3 - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy In ynieria Rzeszów, mimo i wykonawca ten zło ył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
4) ewentualnie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy In ynieria Rzeszów do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń udziału w postępowaniu dotyczącego potwierdzających spełnianie warunku wiedzy posiadania i doświadczenia oraz zaniechanie wezwania wykonawcy In ynieria Rzeszów do wyjaśnień w zakresie sposobu w jaki dojdzie do przekazania wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego MTS Perforator GmbH wykonawcy In ynieria Rzeszów,
5) art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp - poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy In ynieria Rzeszów, która to oferta winna zostać odrzucona,

6) art. art. 8 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia odpowiedzi wykonawcy In ynieria Rzeszów, pomimo, i utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu e nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania,

dokumenty zastrze one przez In ynierię Rzeszów objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,
7) oraz art. 7 ust. 1 Pzp i innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymienionych w treści odwołania, w wyniku czego zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę wykonawcy In ynieria Rzeszów jako najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:
1) uniewa nienia decyzji z dnia 18.09.2013r. o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy In ynieria Rzeszów,
2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
3) odrzucenia oferty wykonawcy In ynieria Rzeszów, z uwagi na okoliczność, i zawiera ona ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; ewentualnie odrzucenia oferty wykonawcy In ynieria Rzeszów, z uwagi na okoliczność, i wyjaśnienia zło one przez tego wykonawcę nie potwierdzają, e oferta nie zawiera ra ąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4) wykluczenie wykonawcy In ynieria Rzeszów, z uwagi na okoliczność, i wykonawca ten zło ył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
5) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

Odwołujący wskazał, i jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdy zamawiający niesłusznie dokonał wyboru oferty wykonawcy In ynieria Rzeszów, która to oferta powinna zostać odrzucona gdy zawiera cenę ra ąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, gdy zło ył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Oferta odwołującego, nie uwzględniając ofert odrzuconych lub uznanych za odrzucone w wyniku wykluczenia wykonawcy, jest drugą w kolejności ofertą, w związku z powy szym, w przypadku

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

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

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

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

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

Izba ustaliła i zwa yła, co następuje.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zdaniem odwołującego, powy sze oznacza, e ju z dokumentu załączonego do oferty wynikało, e zdolność kredytowa jednego członka konsorcjum odwołującego wynosiła

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

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

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

Do uzupełnienia dołączone zostały następujące dokumenty:

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

kredytowym rozdysponowana była kwota 6.551,758,86 euro i w związku z tym do dyspozycji pozostawała kwota 1.847.768,33 euro.”.
5) zaświadczenie z CaxiaBank S.A. potwierdzające posiadanie przez Aldesa Construcciones S.A. *„w dniu 8 sierpnia 2013 roku na rzeczonej lokacie występowało saldo 6.000.000 euro.”.*
6) zaświadczenie z Banco Santander S.A. wskazujące, e: *„na dzień ósmego sierpnia 2013 roku Spółka ma dostęp do następujących instrumentów podlegających postanowieniom odnośnych umów oraz obowiązującym przepisom prawa:*
   - kredyt w rachunku bie ącym *na maksymalną kwotę 5,34 miliona euro,*
   - kredyt konsorcjalny na maksymalną kwotę 38,85 milionów euro (udział Banco Santander S.A.”.

Zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania podał, i *„Zamawiający uznał, e wysokość posiadanych* środków *finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy potwierdzają następujące dokumenty: zaświadczenie Bankia S.A. z siedzibą przy C/Pintor Sorolla 8-46002 Walencja, w zakresie* środków *wskazanych w pkt. 1 lit a i c powy ej, oświadczenia CaixaBank S.A. z siedzibą w Barcelonie (pkt 5 i 6 powy ej). Jednocześnie Zamawiający uznał, e z treści zaświadczeń Banco Bilbao Vizcaya Atgentaria S.A., Banco de Sabadell S.A oraz Banco Santander S.A. z siedzibą w Madrycie (pkt 2, 3 i 4*

powy ej) nie wynika, jaki był stopień wykorzystania dostępnych linii kredytowych oraz kredytów. Natomiast w odniesieniu do zaświadczenie Bankia S.A. z siedzibą przy C/Pintor Sorolla 8-46002 Walencja, w zakresie środków *wskazanych w pkt 1 lit. b Zamawiający uznał, e zaświadczenie nie precyzuje w jakim zakresie dotyczy Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (wskazana została grupa firm). W związku z powy szym Zamawiający uznał, e powy sze dokumenty nie potwierdzają posiadania przez Wykonawcę* środków *finansowych lub zdolności kredytowej. Stosownie do pkt. 5.3 IDW w celu przeliczenia na PLN wszystkich wartości i danych finansowych podanych w innych walutach, Zamawiający zastosuje* średni *kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP) aktualny na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłaszany w sposób przewidziany w § 8 uchwały Zarządu NBP nr 51/2002 z dnia 23 września 2002 roku w sprawie sposobu wyliczania i ogłaszania bie* ących *kursów walutowych (Dz.U. NBP z dnia 29 września 2002 roku, z późn. zm.).* Średni *Kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP) aktualny na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu (2 lipca 2013 r.) wskazany w Tabeli Nr 126/A/NBP/2013 z dnia 2 lipca 2013 r. dla euro wynosił: 4,3265 zł. Zamawiający uznał, e z powy szych dokumentów wynika, e Wykonawca posiadał* środki *finansowe w wysokości 13 565 293,72 euro co stanowi równowartość 58 690 243,28 zł. Nawet gdyby uznać zaświadczenie Bankia S.A. z siedzibą przy C/Pintor Sorolla 8-46002 Walencja, w zakresie* środków *wskazanych w pkt 1 lit b (co według Zamawiającego jest nieuzasadnione)*

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

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

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

interpretacji s.i.w.z., która byłaby korzystna dla odwołującego. Jednak e wskazać nale y, e treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nale y odczytywać łącznie z treścią przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, która z oczywistych względów znajduje pozycję nadrzędną
w stosunku do s.i.w.z.

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

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

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

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

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

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

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

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

Nawet przy wliczeniu środków dostępnych w ramach limitu z pkt. b) oświadczenia BANKIA 2.838.013,39 euro, czyli dotyczących bli ej nieokreślonej grupy firm, odwołujący nie spełnia warunku finansowego opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem z wymaganego minimalnego pułapu określonego przez zamawiającego

w wysokości 90.000.000,00 PLN, odwołujący wykazał jedynie 70.968.908,21 PLN.

Jak wynika z powy szego, mo liwe do uzyskania jest zaświadczenie z banku, w którym bank potwierdzi dostępność określonych środków finansowych w przyznanych limitach kredytowych. Dlatego te Izba za niezasadne uznała stanowisko odwołującego, jakoby nie ma on wpływu na treść zaświadczeń wystawianych przez banki. Skoro bowiem jest „starym" i znaczącym klientem tych instytucji, to ma mo liwość, przy odpowiednim sformułowaniu treści zapytania, pozyskać informację, która w konsekwencji stanowiłaby wypełnienie ądań polskiego ustawodawcy.

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

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

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

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

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

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

W celu wykazania spełniania tego warunku, konsorcjum In ynieria Rzeszów przedstawiło „Wykaz wykonanych zamówień (robót budowlanych)" zawierający opis 71 robót budowlanych, wraz z załączeniem „referencji" dotyczących najwa niejszych robót.

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

Pod poz. nr 1 wykazu robót, konsorcjum In ynieria Rzeszów opisało robotę budowlaną „wykonaną" przez podmiot trzeci udostępniający konsorcjum In ynieria Rzeszów zasoby - MTS Perforator GmbH z siedzibą w Valluhm (Republika Federalna Niemiec), na rzecz

Winslow Infrastructure o nazwie „Sandgate Stage 1 dla Water and the Pipelines Alliance w Melborne", polegającą na „wykonaniu *kanału o długości 1,5 kilometra i* średnicy *3 metry metodą mikrotunelingu".* Z treści „referencji" odnoszącej się do przedmiotowej roboty budowlanej wystawionej przez Winslow Infrastructure, wynika, e *„producent urządzeń do mikrotunelowania MTS Perforator, wykonał 1500 metrów wykopów o* średnicy *3 metrów z u yciem systemu mikrotunelowania.".*

Na dowód, i treść tłumaczonych przez wykonawcę referencji, zgodna jest z rzeczywistością i odpowiada prawdzie, przystępujący konsorcjum In ynieria Rzeszów zło ył dowód w postaci tłumaczenia referencji przez tłumacza przysięgłego.

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

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

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

---

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

Mając na uwadze okoliczność, e rola podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenie tj. MTS Perforator GmbH w przedmiotowym przedsięwzięciu budowlanym w Melbourne, była powszechnie znana w środowisku bran owym (chocia by w tego powodu, e przedsięwzięcie to otrzymało tytuł Projektu Instalacyjnego ASTT roku 2011 „ASTT Installation Project of the Year 2011") i jest szeroko opisywane w portalach bran owych nale y wskazać, e zło enie przez konsorcjum In ynieria Rzeszów informacji o wykonywaniu robót budowlanych polegających na wykonaniu kanału metodą mikrotunelingu przez MTS Perforator GmbH, nastąpiło co najmniej w zamiarze ewentualnym, w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto, wobec braku wykazania przez konsorcjum In ynieria Rzeszów, innych robót budowlanych spełniających warunek posiadania wiedzy i przedmiotowych informacji wpływ na wynik doświadczenia, przedło enie miało postępowania, gdy w wyniku ich wykorzystania oferta konsorcjum In ynieria Rzeszów została uznana za najkorzystniejszą.

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

Analogiczną argumentację powołując się na te same okoliczności, powołał w swoim

uzasadnieniu odwołujący konsorcjum IDS-Bud, rozszerzając swoją argumentację o wątek związany z przekazaniem wiedzy i doświadczenia przez MTS Performator – In ynierii Rzeszów, o czym Izba wypowie się w dalszej części uzasadnienia.

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

W ocenie Izby, aden z przedło onych dokumentów nie potwierdza słuszności stawianego zarzutu. Z dokumentów tych dowiadujemy się bowiem o skomplikowanym charakterze inwestycji, jej prawidłowym wykonaniu i otrzymaniu presti owej nagrody. Z treści zło onych dokumentów wynika tak e, e spółka MTS Perforator brała udział w realizacji tej inwestycji oraz e dostarczyła maszyny TBM. Z adnego przedło onego dokumentu nie wynika, e firma MTS Perforator nie wykonywała robót budowlanych polegających na wykonaniu wykopu metodą mikrotunelingu, która to z kolei okoliczność bezsprzecznie

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

Wskazać nale y, e odwołujący konsorcjum IDS-Bud nie przedstawił adnego dowodu.

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

Izba stwierdziła, e aden z odwołujących się wykonawców nie przedstawił dowodu, który obaliłby twierdzenia wynikające z treści ww. referencji. Odwołujący podwa ając mo liwość wykonania roboty budowlanej przez firmę MTS Perforator opierają się jedynie na domysłach i dotychczasowym doświadczeniu firmy, nie biorąc pod uwagę mo liwości specyfiki tego zamówienia i mo liwości innego ni standardowe wykonania tego zlecenia przez MTS Perforator. W szczególności odwołujący nie przedstawili umowy, która wiązała te dwa podmioty, a z której ostatecznie mógłby wynikać stosunek zobowiązaniowy wią ący strony. W końcu, z umowy, mógłby wynikać zakres prac powierzonych przez Winslow spółce MTS. Jako, e postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a odwołujący adnych wiarygodnych dowodów nie przedstawili (odwołujący IDS-Bud nie przedstawił adnego dowodu), zarzuty w tym zakresie uznać nale ało za bezzasadne.

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

nale y uznać wyra any w orzecznictwie pogląd, i zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione nale ycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, e wykluczenie wykonawcy na podstawie

omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości. Ponadto w najnowszym orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami wykonawców w tym zakresie i przyczynami powy szego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12).".

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

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

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

Konsorcjum firm: IN YNIERIA - BESTA-SACK umowy na realizację robót objętych przedmiotowym przetargiem.".

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

Odwołujący, co do zasady nie neguje mo liwości przekazywania wiedzy i doświadczenia poprzez konsultacje czy doradztwo, jednak e w przedmiotowej sytuacji - gdy przedmiotem

transferu ma być wiedza i doświadczenie w wykonywaniu tak specjalistycznych robót jak budowa kanału/kolektora - efektywne i rzeczywiste przekazanie wiedzy i doświadczenia mo e nastąpić wyłącznie poprzez uczestnictwo w realizacji istotnej części zamówienia w charakterze podwykonawcy.

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

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

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

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

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

Odwołujący wskazał, i bud et przewidziany przez zamawiającego na realizację przedmiotowego postępowania wynosi 296.136.549,83 zł. Natomiast oferta konsorcjum In ynieria Rzeszów zawiera cenę: 238.492.080,00 zł. Powy sze obrazuje, i oferta In ynierii Rzeszów jest w ewidentny, ra ący sposób ni sza ni bud et określony przez zamawiającego. Zamawiający wezwał wykonawców do zło enia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z uwzględnieniem opłat publicznoprawnych. Przystępujący In ynieria Rzeszów przedło ył zamawiającemu odpowiedź na powy sze wezwanie. Treść wyjaśnień została zastrze ona, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego, niezale nie od zawartości wyjaśnień zło onych przez przystępującego In ynieria Rzeszów, nie mogły one potwierdzić, i oferta przystępującego In ynieria Rzeszów nie zawiera ceny ra ąco niskiej. Analiza przedmiotu zamówienia wskazuje na istnienie dwóch najbardziej cenotwórczych elementów, które stanowią: opłaty
z tytułu zajęcia terenu oraz materiały do wykonania kolektora dn 3000 (rury i kształtki).

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

zatem jednakowe dla wszystkich wykonawców. Jednakowy jest równie zakres robót, który potencjalni wykonawcy będą musieli prowadzić w pasie drogowym w celu nale ytego wykonania przedmiotu zamówienia. Biorąc powy sze pod uwagę koszty z tego tytułu nie mogą być ni sze ni 75 milionów złotych i nie jest prawdopodobne, aby którykolwiek z wykonawców miał mo liwość poczynienia jakichkolwiek istotnych oszczędności w tym zakresie.

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

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut ra ąco niskiej ceny jest nietrafny. W szczególności wskazać nale y, e zarzut ten nie został poparty adnymi dowodami. Wszelkie stwierdzenia odwołującego oparto na przypuszczeniach i jego własnej ocenie rzeczywistości. Z uwagi na okoliczność, i przedmiotowe wyjaśnienia zostały skutecznie zastrze one tajemnicą przedsiębiorstwa (o czym poni ej), Izba w du ym stopniu ogólności odniosła się do wskazywanych wyjaśnień.

Zamawiający wezwał przystępującego In ynieria Rzeszów, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do zło enia wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący In ynieria Rzeszów przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia. Załączył tak e

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

Odwołujący dowodu przeciwnego nie zło ył. Tym samym zarzut odwołującego nale ało uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Poprzez zaniechanie odtajnienia odpowiedzi konsorcjum

In ynieria Rzeszów, pomimo, i utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, e dokumenty zastrze one przez konsorcjum In ynieria Rzeszów objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za bezzasadne.

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

24

---

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały skutecznie zastrze one, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W zakres wyjaśnień wchodzą bowiem informacje techniczne, technologiczne oraz organizacyjne, a tak e inne informacje (handlowe), których upublicznienie mogłoby narazić na szkodę interes gospodarczy przystępującego In ynieria Rzeszów. Zastrze enie wyjaśnień zostało wykonane zgodnie i w granicach obowiązującego prawa.

Wskazać nale y, e zamawiający zbadał okoliczności zastrze enia i nie skorzystał z prawa do udostępnienia zło onych informacji do wiadomości publicznej. Zarzut jakoby zastrze enie wyjaśnień ceny, zostało dokonane wyłącznie w celu uniemo liwienia ich weryfikacji innym wykonawcom jest nietrafny. Zarówno zamawiający jak równie przystępujący In ynieria Rzeszów, zastosowali przysługujące im prawo w sposób niepozostający z tym prawem w sprzeczności. Nale y zwrócić uwagę, e zamawiający dokonał badania zastrze onych treści, a tak e zwrócił się do przystępującego o udzielenie stosownych wyjaśnień. Ocena tych wyjaśnień doprowadziła zamawiającego do wniosku, e informacje zostały zastrze one skutecznie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba stwierdziła, e treść wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a odtajnienie dokumentów mogłoby naruszyć interesy handlowe

e odwołujący nie przedstawił i gospodarcze tego wykonawcy. Nadto Izba wskazuje,

adnego dowodu na okoliczność, e w treści zło onych wyjaśnień, czy te załączonych do nich dowodów, znajdują się informacje publicznie dostępne, jawne, co do których ka dy ma dostęp i mo e je pozyskać, co w konsekwencji mogłoby oznaczać, e zastrze enie poczynione przez przystępującego konsorcjum In ynieria Rzeszów zostało poczynione z naruszeniem prawa.

Biorąc powy sze pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

25

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

.....