

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2011 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Anna Górna (spr.)

Sędziowie: SSO Beata Mądra

SSR (del) Paweł Biliński

Protokolant: Dominika Olbert

na rozprawie

po rozpoznaniu sprawy

ze skargi Hawe Telekom sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Legnicy, Sprint S.A. w Olsztynie i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. w Krakowie

z udziałem przeciwnika skargi Konsorcjum Alcatel Lucent Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider), Maribel Investments sp. z o.o. w Warszawie;

i z udziałem zamawiającego Województwa Dolnośląskiego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego we Wrocławiu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2011 r. sygn. KIO 966/11, KIO 973/11  
o udzielenie zamówienia publicznego

**I.** zmienia zaskarżony wyrok w zakresie objętym skargą w punkcie IB tiret 1 w ten sposób, że oddala odwołanie Lidera Konsorcjum Alcatel Lucent Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) Maribel Investments sp. z o.o. w Warszawie;

**II.** zasądza od Konsorcjum Alcatel Lucent Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider)

Maribel Investments sp. z o.o. w Warszawie na rzecz skarżącego Konsorcjum Hawe Telekom sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Legnicy, Sprint S.A. w Olsztynie i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. v ' wrotu kosztów postępowania

skargowego.

Sygn. akt XGa 213/11

## UZASADNIENIE

Zamawiający: 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.

W dniu 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. W dniu 6 maja 2011 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. **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** złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie wywołane tym odwołaniem toczyło się pod sygnaturą **akt KIO 966/11**. Odwołujący zarzucił 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 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)

oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj.:

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 we wnioskach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj.

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)

oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj.:

1. WĄSKO 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.

## **B. Sygn. akt KIO 973/11**

**B.** W dniu 6 maja 2011 6 maja 2011 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. 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** złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Postępowanie wywołane tym odwołaniem toczyło się pod sygnaturą **akt KIO 973/11**. Odwołujący zarzucił 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

a) odnośnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj.:

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 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,

b) 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,

c) odnośnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. WĄSKO 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.

Odwolujący wniosł 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.

W dniu 9 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło między innymi zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 973/11 po stronie Zamawiającego 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 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.

**Wyrokiem z dnia 23 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2011:**

**A. 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. 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

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. WĄSKO 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  
Działkowej 38, 59-220 Legnica,

. 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. WĄSKO 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

1.

**A) uwzględniła odwołanie (Sygn. akt KIO 966/11) i nakazała  
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) uwzględniła odwołanie (Sygn. akt KIO 973/11) i nakazała Zamawiającemu wezwać:**

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1.

**Have 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. WĄSKO 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.

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

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 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 Wielickiej 28, 35-552 Kraków

oraz 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. zasądziła od Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław kwotę 33 600 zł, w tym:

A) kwotę 15 000 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego tytułem wpisu od odwołania 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 Wielickiej 28, 35-552 Kraków,

B) kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, 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. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa

W uzasadnieniu orzeczenia objętego skargą, tj. nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj.:

1. Hawe Telekom Sp. z o.o. 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, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż dopuściła dowód złożony przez odwołującego Konsorcjum Hawe Telekom - tj. zaświadczenie PZU oraz pismo Ergo Hestia do sprawy o sygn. akt KIO 973/11.

Nadto Izba dopuściła do udziału w postępowaniu między innymi zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 973/11 po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj.1. **Hawe Telekom Sp. z o.o. 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.**

Powołując się na powyższe Izba w zakresie objętym skargą podniosła, iż 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”), uwzględniła 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 stwierdziła, że odwołanie (w części objętej skargą) zasługiwało na uwzględnienie.

#### **Izba odnosząc się do zarzutu (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 1. Hawe

Telekom Sp. z o.o. 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, **polegającego na zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie nie uzupełnienia - zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy** wskazała, co następuje:

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, KIO podniosła, iż na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonym 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) wymagań określonych przez zamawiającego przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane

- 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 przez Prezesa Rady Ministrów w drodze rozporządzenia, Rozporządzenie określa także 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. Rozporządzenie 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 pkt 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 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. KIO zaznaczyła, iż 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.

Zdaniem KIO, wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Podkreślono, iż 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. Zdaniem KIO 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. Dalej KIO wskazało, iż 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 przedmiotem zamówienia) potwierdza inną zdolność tego samego podmiotu, a mianowicie zdolność ekonomiczną i finansową, która jest elementem

kwalifikacji wykonawców w postępowaniu. Wobec tego Izba przyjęła, że 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 Sopotkie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA, w której jako Ubezpieczony zostały wskazane: Krakowskie Zakłady Automatyki SA. - **nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.**

W dalszej części KIO podniosła, iż 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.

Nadto Izba zaznaczyła, że Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności. 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.

Zdaniem KIO, 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 ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W świetle tych 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 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. 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.

O kosztach postępowania KIO orzekła 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).

Powyższy wyrok KIO został zaskarżony przez uczestnika A., tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1. Hawe Telekom Sp. z o.o. 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 części, tj. co do punktu LB sentencji (sygn. akt 973/11) w zakresie, w jakim nakazuje Zamawiającemu wezwanie skarżącego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W skardze zarzucono:

- naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, że polisa zawierająca adnotację o warunkowej płatności kolejnych rat składki nie jest „opłaconą polisą” w rozumieniu wskazanych przepisów lub innym dokumentem potwierdzającym posiadanie ubezpieczenia, a co za tym idzie, że nie

potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu i skarżący

zobowiązany jest do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,

- naruszenie art. 190 ust. 7 Pzp, poprzez niedokonanie oceny wiarygodności i mocy dowodowej oświadczeń ubezpieczycieli przedstawionych przez skarżącego jako dowody na etapie postępowania odwoławczego,
- art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji wykonawców biorących udział w postępowaniu, poprzez przyjęcie w odniesieniu do wykonawców dysponujących polisami zawierającymi adnotację o warunkowej płatności kolejnych rat składki, że nie spełniają oni warunków udziału w postępowaniu, chociaż objęci oni byli ochroną ubezpieczeniową (posiadali ubezpieczenie) na dzień składani wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Natomiast w odpowiedzi na skargę **przeciwnik skargi** B.tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **1. Alcatel-Lucent Polska sp. z o.o.** oraz **2. Mirabel Investments sp. z o.o.** wniósł o:

- zwrot skargi z powodu jej nieopłacenia,
- odrzucenie skargi, bowiem pełnomocnikowi doręczono niekompletny odpis skargi
- oddalenie skargi:
  - a) z powodu braku zgłoszenia interwencji, braku wykazania interesu prawnego (zdaniem przeciwnika skargi skarżący wykazał jedynie interes faktyczny), braku opłacenia interwencji,
  - b) przedwczesności skargi, bowiem skarżący ma być zobowiązany do uzupełnienia dokumentów a czynność ta nie powoduje powstania negatywnych konsekwencji (zdaniem przeciwnika skarga jest przedwczesna, gdyż ma ochronić skarżącego przed niedopuszczeniem do kolejnej fazy postępowania przetargowego, jednak czynność taka nie została wykonana),
  - c) z powodu tego, iż skarżący nie spełnia warunku udziału w postępowania (zdaniem przeciwnika skarżący posiada ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności jedynie na kwotę 24.000.000 zł. Pozostałe polisy dotyczą ubezpieczenia konkretnej umowy, której jeszcze nie zawarto a zatem nie mogą być brane dla oceny tak określonego warunku: warunek dotyczył ogółu działalności a nie pojedynczej umowy oraz ochrona ubezpieczeniowa jest zawarowana warunkiem zawieszającym i nie dotyczy prowadzonej działalności gospodarczej tylko konkretnego kontraktu - ochrona ubezpieczeniowa w ramach sprecyzowanego kontraktu nie stanowi ubezpieczenia całej prowadzonej działalności a jedynie jej fragmentu).

## **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga zasługiwała na uwzględnienie w całości.

Sąd Okręgowy nie podzielił argumentacji KIO w przedmiocie nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Hawe Telekom polegającego na posiadaniu opłaconej polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150.000.000 zł.

Zanim jednakże Sąd odniesie się do kwestii związanych z istotą sporu, konieczne stało się - z uwagi na zaprezentowane przez przeciwnika skargi zarzuty - rozważenie problemów proceduralnych, jak również odnoszących się do legitymacji procesowej skarżącego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom Konsorcjum Alcatel dotyczącym braku uiszczenia należnej opłaty od skargi w wysokości 100.000 zł (tj. pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania, który wynosił 20.000 zł), skarga została przez skarżącego należycie opłacona, w terminie oraz w wymaganej wysokości, co potwierdza

przedłożony dowód zapłaty jako załącznik do skargi oraz fakt, iż przedmiotową kwotę zarachowano na rachunku Sądu Okręgowego.

Następnie wskazać należy, iż nie podlegał uwzględnieniu wniosek o odrzucenie skargi z powodu doręczenia pełnomocnikowi przeciwnika niekompletnego odpisu skargi, bez odpisu potwierdzenia uiszczenia należnej opłaty. Istotne znaczenie w tym zakresie odgrywa okoliczność, że dokonanie opłaty nie stanowi elementu i treści skargi. Okoliczność ta wpływa jedynie na decyzję Sądu, co do podjęcia jakichkolwiek czynności w związku z wniesieniem skargi (zgodnie z regulacją, że Sąd nie podejmuje żadnych czynności na skutek pisma, od którego nie została uiszczona należna opłata art. 126<sup>2</sup> § 1 k.p.c.). Zatem to Sąd podejmuje decyzję o nadaniu danej sprawie biegu **po realizacji obowiązku sprawdzenia czy wymagana opłata została uiszczona**. Nadto przeciwnikowi przesyła się odpis skargi wraz z załącznikami, tj. dalszy egzemplarz skargi jak i załączników, celem ustosunkowania się do twierdzeń tam zawartych. Natomiast wydanie polecenia przelewu lub inny sposób uiszczenia należnej opłaty warunkuje decyzję Sądu o rozpoznaniu tez (twierdzeń) zawartych w skardze, w złożonej odpowiedzi i ewentualnie dalszych pismach. Inaczej mówiąc uiszczenie opłaty rozstrzyga o zainicjowaniu rozpoznania sprawy przez Sąd, nie stanowi zaś elementu składowego treści skargi lub załączników, dlatego też nie można podzielić argumentacji, aby na stronie wnoszącej skargę spoczywał obowiązek przesłania drugiej stronie skargi wraz z odpisem dowodu uiszczenia opłaty.

Przechodząc następnie do zarzutu braku legitymacji po stronie skarżącego do wniesienia skargi od wyroku KIO, Sąd Okręgowy nie przychylił się do zasadności takiego twierdzenia.

W ramach powyższego podkreślić należy, co następuje: wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje (art. 185 ust. 2 zd. 1 Pzp). Jednocześnie **wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego**, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron (art. 185 ust. 3 Pzp). **Przyłączenie się do postępowania odwoławczego nie podlega opłaceniu wpisem. Przepisy ustawy i aktów wykonawczych przewidują wpis jedynie od odwołania.**

Dodatkowo zauważyć trzeba, że interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego interwenienta podlega badaniu przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej. Zarówno zamawiający, jak i odwołujący mogą zgłosić zarzut (nazywany w ślad za postępowaniem cywilnym opozycją) przeciw przystąpieniu interwenienta ubocznego. Opozycja może być podniesiona nie później niż do czasu otwarcia rozprawy.

Po tym terminie prawo do podniesienia opozycji wygasa. Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Skoro zatem w niniejszej sprawie **skarżący - Konsorcjum Hawe Telekom w postępowaniu przed KIO przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zaś przeciwnik skargi - Konsorcjum Alcatel w owym postępowaniu nie zanegował tej okoliczności (nie zgłosił opozycji) oraz przystąpienia nie zakwestionowała Izba w ramach badania istnienia interesu w przystąpieniu, co znalazło wyraz w decyzji o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 973/11 Konsorcjum Hawe Telekom. Zatem nie ma żadnych wątpliwości, iż skarżący stał się uczestnikiem tego postępowania w ramach rozpoznania**

## **odwołania wniesionego przez przeciwnika skargi.**

Nadto podkreślić należy, iż ustawa Pzp nie przesądza statusu procesowego wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego. Skoro jednak zarazem wymaga od nich wskazywania interesu w przystąpieniu do tego postępowania oraz nakazuje doręczać im orzeczenie (art. 196 ust. 5), to tym samym ich status powinien być zbliżony do statusu strony. Interwientom służy inicjatywa dowodowa (zob. art. 190 ust. 1) i możliwość odnoszenia się do dowodów przeprowadzanych przez stronę przeciwną, a także **prawo wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej art. 198a ust. 1).**

Wskazany artykuł 198a ust. 1 Pzp rozstrzyga zagadnienie legitymacji do wniesienia skargi. Zgodnie z tym przepisem skarga służy stronom postępowania odwoławczego **oraz uczestnikom tego postępowania**, czyli interwientom ubocznym przystępującym do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2. **Innymi słowy nabycie przez daną stronę przyniotu uczestnika w ramach toczącego się przed KIO postępowania odwoławczego rozciąga się w skutkach na postępowanie przed Sądem i nie ma żadnych podstaw noematycznych, aby strona taka w ramach czynności dodatkowych (jak twierdzi przeciwnik skargi przez zgłoszenie interwencji ubocznej) ponownie musiała ubiegać się o zaliczenie jej do kręgu podmiotów, którym przysługuje prawo wniesienia skargi od orzeczenia KIO - abstrahując od okoliczności, iż kwestia ta wprost została uregulowana w art. 198a ust. 1 Pzp.**

Konsekwencją wyżej zaprezentowanej argumentacji jest **uznanie przez Sąd Okręgowy, iż Konsorcjum Hawe Telekom posiada legitymację procesową do skargenia wyroku KIO, zaś rozbudowane, w tym przedmiocie, wywody pełnomocnika Konsorcjum Alcatel nie znalazły jakiegokolwiek akceptacji.**

W dalszej części Sąd odwoławczy odniesie się do zagadnień merytorycznych poddanych pod ocenę Sądu. Spór w tym zakresie dotyczył po pierwsze kwestii istnienia prawidłowo opłaconej polisy, bo tak określony

dokument został sformułowany w § 1 pkt 1 ppkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców po drugie zaś kwestii zakresu

przedmiotowej polisy, co miało bezpośrednie przełożenie na ocenę spełnienia przez wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Hawe Telekom warunku SIWZ polegającego na posiadaniu opłaconej polisy od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia o sumie ubezpieczenia nie mniejszej niż 150.000.000 zł.

Odnośnie przedłożonych przez członków konsorcjum polis KIO uznało, iż nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż zawierają one warunek zawieszający (opłacenie drugiej składki z tytułu polisy zostało uzależnione od zawarcia umowy w ramach tegoż zamówienia publicznego), a zatem nie mogą być uznane za polisy opłacone. Nadto Izba stanęła na stanowisku, że posiadanie ubezpieczenia OC ma potwierdzać: zdolność bycia ubezpieczonym oraz zdolność do poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia, czyli ocenie podlega zdolność udźwignięcia przez wykonawcę ciężaru zakupionego ubezpieczenia (poniesienia faktycznych kosztów finansowych związanych z zakupieniem takiego ubezpieczenia). Zdaniem Izby zawarcie umowy ubezpieczenia i uiszczenie pierwszej niskiej raty (druga wysoka warunkowana jest zawarciem umowy w ramach zamówienia publicznego) nie daje podstaw do uznania, że dany wykonawca jest w stanie ponieść koszty pełnego ubezpieczenia OC.

W ocenie Sądu odwoławczego tak zaprezentowane rozważania KIO nie zasługiwały na akceptację.

Uzasadniając tą kwestię przede wszystkim należy rozpocząć od tego, iż samo zawarcie umowy ubezpieczenia OC nie oznacza, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Umowę ubezpieczenia zawiera się na podstawie pisemnego wniosku ubezpieczającego, który stanowi integralną część umowy ubezpieczenia, zgodnie z wymogami określonymi w ogólnych warunkach ubezpieczenia. **Jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia**

**następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia**

**następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.** Jeżeli w polisie określono późniejszy termin zapłaty składki lub jej pierwszej raty, odpowiedzialność ubezpieczyciela może rozpoczynać się (**jeżeli tak umówiono się**) od dnia oznaczonego w polisie jako początek okresu ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż od następnego dnia po zawarciu umowy ubezpieczenia.

W ocenie Sądu Okręgowego decydujące znaczenie odgrywa okoliczność, że faktycznie pozyskanie ubezpieczenia pokrywającego się z przedmiotem zamówienia ma na celu przeniesienie na zakład ubezpieczeń ciężaru zobowiązań wpływających negatywnie na działalność ubezpieczonego

lub których on sam nie mógłby udźwignąć nie narażając jej na szwank.

Wobec tego ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu powinna przede wszystkim zmierzać do ustalenia, czy wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego. Każdy inny cel takiej oceny przeczyłby istocie ubezpieczenia OC. a także celowi, jakiemu służą warunki udziału w postępowaniu.

Należy zwrócić uwagę, że wykonawca w celu zawarcia umowy ubezpieczenia OC składa wniosek, w którym podaje 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 wyrządził

szkody wskutek wykonywania robót budowlanych ubezpieczyciel może nie zawrzeć umowy ubezpieczenia, a w konsekwencji wykonawca ten nie złoży więc wymaganej polisy albo innego dokumentu. Ustalenie odpowiedniej wysokości sumy gwarancyjnej uniemożliwia zatem ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy wykonując dany rodzaj działalności gospodarczej mogliby wyrządzić szkodę. Towarzystwo Ubezpieczeniowe przed zawarciem umowy ubezpieczenia weryfikuje zatem kondycję ekonomiczną i finansową podmiotu ubiegającego się o objęcie go ubezpieczeniem OC, jak również ryzyko związane z zawarciem wspomnianej umowy.

Przenosząc powyższe wywody na realia niniejszej sprawy podnieść trzeba, że w ocenie Sądu Okręgowego przedłożenie opłaconej polisy pokrywa się - w ramach celu jakiemu ma służyć objęcie ubezpieczeniem OC - z aktywowaniem odpowiedzialności ubezpieczyciela. Wobec tego zauważyć należy, iż podmioty tworzące konsorcjum, którego liderem jest spółka HAWE Telekom na dzień złożenia oferty były objęte ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na żadaną przez zamawiającego sumę w rozumieniu art. 814 § 1 k.c., bowiem po zawarciu umowy i zapłaceniu pierwszej raty składki powstała po stronie ubezpieczyciela odpowiedzialność z tytułu umowy.

W tym miejscu odnieść się należy do obecnie obowiązującej regulacji

### **§ 3 art. 814 k.c., która przewiduje możliwość ustania**

**odpowiedzialności ubezpieczyciela w przypadku niezapłacenia w terminie kolejnej raty składki, ale jest to dopuszczalne tylko w sytuacjach, gdy skutek taki przewidywała umowa lub ogólne warunki ubezpieczenia, a ubezpieczyciel po upływie terminu wezwał ubezpieczającego do zapłaty z zagrożeniem, że brak zapłaty w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania spowoduje ustanie odpowiedzialności. Stąd też - jak wskazano w doktrynie - jeśli ubezpieczyciel nie zadbał o wprowadzenie do umowy lub ogólnych warunków ubezpieczenia stosownego postanowienia dotyczącego ustania odpowiedzialności, nie ustaie ona również wówczas, gdy minął już czas płatności kolejnej raty składki.**

Zauważyć trzeba, że analiza treści, zarówno zawartych z podmiotami wchodzącymi w skład skarżącego konsorcjum umów ubezpieczenia, jak i Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej ponad wszelką wątpliwość wskazuje, że ubezpieczyciel nie wprowadził takiego obwarowania. Stąd też ewentualna okoliczność nieopłacenia lub zwłoki w płatności kolejnej raty składki i dalszych nie będzie wpływała na ustanie odpowiedzialności ubezpieczyciela i obowiązywanie zawartej skutecznie polisy ubezpieczeniowej.

Zdaniem Sądu Okręgowego uiszczenie pierwszej raty składki jest wystarczające do osiągnięcia celu umowy ubezpieczenia, której zawarcia wymagał zamawiający, a więc i do uznania, że wykonawca przedłożył opłaconą polisę, tj. polisę zapewniającą ochronę ubezpieczeniową w czasie wymaganym przez zamawiającego. Żądanie opłacenia pełnej składki, pomimo że po zapłaceniu pierwszej raty aktywowała się odpowiedzialność ubezpieczyciela, w tym stanie rzeczy, jest niczym nieuzasadniona.

W dalszej części odnosząc się do wykładni warunku posiadania opłaconej polisy nie sposób również pominąć innej okoliczności. Mianowicie nawiązać trzeba do § 1 pkt 1 ppkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Według niego w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 pzp zamawiający może żądać między innymi 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. Tak określona regulacja wskazuje, że **inny dokument powinien tylko potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności**

**cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z**

**przedmiotem zamówienia**. Nie wyjaśniono natomiast, jaki dokument (dokumenty) można uznać za inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

Mając na uwadze tak określoną przez ustawodawcę regulację i nawiązując do wcześniej przeprowadzonych wywodów w przedmiocie istnienia po stronie skarżącego skutecznej ochrony ubezpieczeniowej (na sumę żadaną przez zamawiającego) Sąd Okręgowy zaznacza,  **iż gdyby nawet uznać, że skarżący nie przedłożył „opłaconej polisy”, to nie można kwestionować faktu, że wypełnił alternatywny wymóg zamawiającego poprzez przedłożenie innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej we wskazanym zakresie, co w ramach powołanych przepisów wypełnia polisa z opłaconą pierwszą ratą składki - skoro taka polisa wymóg ten potwierdza.**

W dalszej części uzasadnienia Sąd podnosi, iż specyfika ubezpieczenia OC powoduje, że celem żądania opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej nie może być tylko potwierdzenie wiarygodności ekonomicznej wykonawcy, który według KIO ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia lub jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zdaniem Sądu Okręgowego w przypadku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej ubezpieczony zabezpiecza się przed negatywnymi skutkami ewentualnych roszczeń poszkodowanych w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Pozyskanie ubezpieczenia w tym zakresie ma na celu

przeniesienie na zakład ubezpieczeń ciężaru zobowiązań wpływających negatywnie na działalność ubezpieczonego lub których on sam nie mógłby udźwignąć.

Stąd też przyjęto, wbrew stanowisku Izby, iż przedłożenie opłaconej polisy ma na celu wykazanie obciążeniu wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwość uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty wysokich składek). **Dlatego też celem przedłożenia takiej polisy nie jest - jak to twierdzi KIO - sprawdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia, bowiem zdolność ekonomiczna**

**i finansowa rozumiana jako możliwość udźwignięcia określonych ciężarów finansowych (zwłaszcza zdolność kredytowa) jest weryfikowana poprzez inny warunek określony przez zamawiającego a dotyczący możliwości finansowych realizacji przedmiotu zamówienia.**

Innymi słowy zaakceptowanie stanowiska KIO sprowadzałoby się do dwukrotnego (zdublowanego) badania kondycji ekonomicznej wykonawcy: raz w ramach możliwości finansowych realizacji zadania będącego przedmiotem zamówienia publicznego i drugi raz w ramach możliwości opłacenia składki od wymaganego objęcia ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej.

Na zakończenie omawianego zagadnienia podkreślić należy, iż nie można było również przychylić się do zarzutu, że przedłożone przez partnerów konsorcjum polisy zawarowane są warunkiem zawieszającym ochrony ubezpieczeniowej. Jak już wyżej wskazano umowy ubezpieczeniowe zostały skutecznie zawarte z chwilą opłacenia pierwszej raty składki ubezpieczeniowej (art. 814 § 1 k.c.), stąd też w obrocie funkcjonuje skuteczne objęcie ochroną ubezpieczeniową partnerów skarżącego konsorcjum na sumę żadaną przez zamawiającego i okoliczności tej nie zmienia fakt, że data uiszczenia kolejnej raty składki została określona przez konkretne zdarzenie w postaci zawarcia umowy w ramach danego zamówienia publicznego. Objęcie ochroną ubezpieczeniową w żaden sposób nie zostało wstrzymane, czy też uzależnione od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Ochrona ta istniała w chwili złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, istnieje także teraz i będzie funkcjonowała przez cały okres na jaki umowa ubezpieczenia została zawarta. Natomiast tak określony termin zapłaty drugiej raty składki nie rzutuje na moc wiążącą tejże ochrony.

Ostatnia kwestia wymagająca rozważenia dotyczyła zakresu przedmiotowego przedłożonych przez członków konsorcjum polis. Kwestia ta wprawdzie nie była wnikliwie poruszona w uzasadnieniu wyroku KIO, jednakże zarzuty te kierowane były przez przeciwnika skargi, tj. konsorcjum, na którego czele stała spółka Alcatel-Lucent Polska sp. z o.o. Zarzuty te sprowadzały się do tego, że warunek stawiany przez zamawiającego obejmował ubezpieczenie ogółu działalności, gdy tymczasem przedłożone polisy dotyczyły - swym zakresem przedmiotowym - pojedynczej umowy.

W ramach powyższego zagadnienia wskazać należy, iż w ocenie Sądu Okręgowego związek przedmiotowy został wykazany w polisach poprzez odwołanie się do konkretnego zamówienia publicznego, zaś posłużenie się dokładnym sformułowaniem użytym przez zamawiającego pozostaje w tym stanie rzeczy bez znaczenia, bowiem istnieje ubezpieczenie w całości pokrywające się z przedmiotem zamówienia publicznego. Zauważyć trzeba, iż wymogiem stawianym przez zamawiającego było posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przede wszystkim podkreślenia wymaga okoliczność, że zamawiający w stawianych warunkach nie wymagał, aby

wykonawca posiadał ubezpieczenie obejmujące swym zakresem wszystkie dziedziny, w ramach których spółka prowadzi działalność gospodarczą - **wymogiem było powiązanie przedmiotowe z przedmiotem zamówienia** i zdaniem Sądu warunek ten został spełniony.

Również fakt odesłania słownego znajdującego się na spornych polisach do przedmiotu określonego w ramach danego zamówienia publicznego nie świadczy o tym, iż ubezpieczeniu podlegał dany pojedynczy kontrakt. Twierdzenie takie jest konsekwencją tego, iż przedmiotowe polisy

dotyczą ubezpieczenia działalności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, przy czym Sąd nie kwestionuje okoliczności, iż nie pokrywają się one przedmiotowo z pełnym zakresem prowadzonej działalności przez partnerów konsorcjum. Jednakże podzielić należy stanowisko wyrażone przez skarżącego, że warunkiem stawianym przez zamawiającego nie było posiadanie ubezpieczenia oc w ramach całej działalności a jedynie tej, która pokrywa się z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Sądu powielenie w polisach przedmiotu określonego w postępowaniu o zamówienie publiczne miało jedynie na celu wyeliminowanie wątpliwości co do zakresu objętego polisą, co jednak nie zmienia faktu, iż następuje to w ramach ubezpieczenia działalności gospodarczej danych podmiotów nie zaś danego jednorazowego kontraktu.

Mając na względzie wszystkie zaprezentowane argumenty, Sąd, na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 pzp, zmienił zaskarżony wyrok w zakresie objętym skargą w punkcie IB tiret 1 w ten sposób, że oddalił odwołanie Konsorcjum 1. Alcatel Lucent Polaka sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider),

2. Mirabel Investments sp. z o.o. w Warszawie.

Orzeczenie o kosztach postępowania drugoinstancyjnego zostało wydane w oparciu o art. 198f ust. 5 pzp oraz § 6 p t 7 w zw. z § 12 ust 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

## **Za zgodność z**

i. Kierownika Sekretariatu 31

Sl. Sekretarz Sadowy  
i Wydziale Gospodarczym

<sup>11</sup> '31sza&weg« we Wrocławiu

*Pt Witm Mi Olbert*