

Sygn. akt V Ca 2059/11

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 listopada 2011 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Wojtysiak (spr.)

Sędziowie: SO Maria Dudziuk

SR del. Tomasz Paldyna

Protokolant: str. sekr. sąd. Małgorzata Andrychowicz

po rozpoznaniu w dniu 4 listopada 2011 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy

ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko GTS Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie

z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa - Centralnego Zarządu Służby
Więziennej, Telekomunikacji Polskiej Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie
i Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1530/11

zmienia zaskarżony wyrok i oddała odwołanie.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność sekre^rz sądowy

Anrjh Mislejuk

Sygn. akt V Ca 2059/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego
na usługę transmisji danych poprzez sieć WAN prowadzonego przez Skarb Państwa -
Dyrektor Generalny Służby Więziennej Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie

zostało opublikowane w- dniu 8 czerwca 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 201 I/S 109-180460. W dniu 7 lipca 2011r. zamawiający doręczył GTS Poland sp. z o.o. wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnień wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. pełnomocnictwa dla Marioli Męcarskiej uprawnającego do oddania do dyspozycji firmy GTS Poland zdolności finansowej i podpisywania dokumentów firmy „za zgodność” oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru z którego będzie wynikać, że osoby wystawiające pełnomocnictwo są do tego uprawnione oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru dla podmiotu, który udostępnił GTS swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W dniu 18 lipca 2011 r. odwołujący - GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15 wniósł odwołanie na czynność wezwania go do złożenia wyjaśnień i uzupełnień wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 oraz art. 26 ust 3 w związku z art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. nr 113 poz. 759 ze zm. -dalej ustawy) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) - zwane dalej „rozporządzeniem” poprzez zażądanie od Odwołującego dokumentów, w postaci pełnomocnictwa dla Pani Marioli Męcarskiej oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru, z którego będzie wynikać, prawidłowa reprezentacja do udzielenia pełnomocnictwa, a także aktualnego odpisu z właściwego rejestru dla podmiotu który udostępnił swoje zasoby.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 6 lipca 2011 r. wezwania do uzupełnienia tych dokumentów.

Wskazał, że informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął w dniu 7 lipca 2011 r., bowiem w tym dniu otrzymał od zamawiającego faksem kwestionowane wezwanie. W zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia i szkody podał, że jest wykonawcą w niniejszym postępowaniu i posiada interes w złożeniu odwołania. Zamawiający poprzez żądanie określonych dokumentów, których obowiązek dołączenia do wniosku nie wynikał z ogłoszenia o zamówieniu, a także możliwość ich żądania nie wynika z przepisów ustawy ani rozporządzenia naruszył przepisy ustawy. Zamawiający wezwał do uzupełnienia określonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a skutkiem ich nie uzupełnienia jest wykluczenie wykonawcy z postępowania. Wprowadzanie wymogu przedstawienia określonych dokumentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może spowodować, że odwołujący nie będzie w stanie ich przedstawić w terminie przewidzianym przez zamawiającego a tym samym może utracić możliwość złożenia oferty i uznania jej za ofertę najkorzystniejszą. W ten sposób odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 7 lipca 2011 r. wyjaśnił, iż Mariola Męcarska była upoważniona do działania w imieniu i na rzecz Polkomtel SA, w tym do podpisania zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących Polkomtel S.A. a także osoba, która podpisała zobowiązanie do

udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia była do tego uprawniona, co oznacza, że odwołujący w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnił zamawiającemu dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący powołał się na treść art. 25 ust. 1 zd. 2 ustawy i wskazał, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego innych dokumentów niż te, które zostały określone w ogłoszeniu, ponieważ mogłoby to prowadzić do dokonywania arbitralnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Rozporządzenie natomiast określa w sposób enumeratywny dokumenty, jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu żadnych wymagań dotyczących dokumentów przedkładanych przez podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby. Ponadto rozporządzenie o dokumentach nie przewiduje możliwości żądania tego rodzaju dokumentów. Według odwołującego oznacza to, iż żądanie

zamawiającego do uzupełnienia powyższych dokumentów nie znajduje odzwierciedlenia w istniejącym stanie faktycznym, a także nie znajduje uzasadnienia prawnego. Na poparcie swoje stanowiska przywołał wyrok Izby z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akr KIO 447/11, 449/11 i KIO 452/11. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwoła. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 18 lipca 2011 r.

W dniu 19 lipca 2011 r. zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom informację o wniesieniu odwołania, wraz z kopią odwołania listem poleconym i drogą elektroniczną oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22 lipca 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca - Telekomunikacja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż w przypadku oddalenia odwołania odwołującego, może on zostać wykluczony z postępowania, co znacząco zwiększa szansę na uzyskanie zamówienia przez zgłaszającego przystąpienie. W uzasadnieniu podniósł, że wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa i odpisów z KRS należy uznać za uzasadnione, gdyż zobowiązanie do udostępnienia zasobów, to pisemny dokument obejmujący oświadczenie woli. Zgodnie z art. 38 kc do składania oświadczeń woli w imieniu osoby prawnej upoważniony jest organ lub pełnomocnik - art. 97 kc. Umocowanie do działania opiera się na oświadczeniu reprezentowanego tj. oświadczeniu osób uprawnionych do działania w imieniu spółki ujawnionych w KKS. Ułatego dla skuteczności oświadczenia woli złożonego przez Mariolę Mękarską w imieniu Polkomtel niezbędne jest istnienie pełnomocnictwa w formie pisemnej podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania spółki. Zgłaszający przystąpienie uważa, że obowiązek złożenia żądanych przez zamawiającego dokumentów, należy wywieść z ogólnej dyrektywy postępowania wyrażonej w art. 26 ust. 2b ustawy, nakazującej wykonawcy udowodnienie dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, a gdy dowodem takim jest zobowiązanie, skuteczność złożonego oświadczenia musi być oceniana przez pryzmat należytej reprezentacji udostępniającego. Podniósł, że zamawiający nie wymagał załączania pełnomocnictw dla osób podpisujących wnioski, co jednak nie oznacza, że możliwe byłoby przyjęcie wniosku podpisanego przez osobę, której uprawnienie do działania nie zostało udokumentowane. Z ostrożności zgłaszający przystąpienie wskazał, że potencjał ekonomiczny nie może być udostępniony przez osobę trzecią. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 marca 2008r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w dacie udzielania pełnomocnictwa do reprezentacji zgłaszającego przystąpienie, zgodnie z odpisem z KRS, którego

kopię załączono do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 22 lipca 2011 r.

W dniu 22 lipca 2011 r. zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Półeczki 13, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż dopuszczenie do dalszego etapu postępowania wykonawcy, który nie jest w stanie udowodnić zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia będzie naruszeniem przepisów ustawy i może spowodować wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, a jednocześnie pozbawić możliwości takiego wyboru zgłaszającego przystąpienie. W uzasadnieniu zgłaszający przystąpienie podniósł, że art. 26 ust. 2b ustawy posługuje się dwoma kluczowymi pojęciami tj. „zobowiązanie” i „udowodnienie”. Na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia pozyskania zasobów. Według zgłaszającego przystąpienie samo pisemne zobowiązanie jest niewystarczające, konieczne jest wykazanie, kto to zobowiązanie udzielił. Wskazał, że przyjmowanie zobowiązań od osób nieuprawnionych byłoby fikcją i obejściem art. 26 ust. 2b ustawy. Wykazanie dysponowania zasobem w tym przypadku powinno polegać na wykazaniu, że oświadczenie Polkomtel zostało podpisane przez osobę mającą prawo do reprezentowania Polkomtel, a więc przez złożenie pełnomocnictwa i odpisu z KRS, w przeciwnym wypadku nie można uznać, że odwołujący udowodnił dysponowanie zasobem. Zgłaszający przystąpienie przywołał wyrok Izby z dnia 4 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 137/11. Zamawiający miał prawo zweryfikować, czy wykonawca w rzeczywistości będzie mógł

skorzystać z zasobów Polkomtel, gdyż służy to ochronie interesu publicznego. Zgłaszający przystąpienie postawił tezę, że odwołujący nie posiada dokumentów żądanych przez zamawiającego, bo gdyby je posiadał to by je złożył. Wskazał, że nawet gdyby się okazało, że zobowiązanie zostało udzielone z przekroczenia granic pełnomocnictwa, to taką czynność z mocy art. 103 i 104 kc można konwalidować. Wskazał, że samo wyjaśnienie odwołującego w tej materii nie daje zamawiającemu możliwości oceny skutecznej ważności złożonego zobowiązania. W ocenie zgłaszającego przystąpienie odwołujący nie uzupełnił żądanych dokumentów w określonym terminie i dlatego podlega wykluczeniu z postępowania podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działając na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lipca 2011 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 22 lipca 2011 r. faksem.

W dniu 22 lipca 2011 r. do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów stawianych w odwołaniu poprzez odstąpienie od żądania przedłożenia przez odwołującego pełnomocnictwa dla Marioli Męcarskiej uprawniającego do oddania do dyspozycji dla firmy GTS Poland sp. z o.o. zdolności finansowej oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru dla podmiotu, który udostępnił odwołującemu swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego-. Odpowiedź na odwołanie podpisał Dyrektor Generalny Służby Więziennej. Przystępujący Netia S.A. nie wniosła sprzeciwu. Przystępujący Telekomunikacja Polska S.A. wniósł sprzeciw w dniu 28 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 29 lipca 2011 r. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania GTS Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15 z dnia 6 lipca 2011 r. do uzupełnienia dokumentów tj. pełnomocnictwa dla Pani Marioli Męcarskiej uprawniającego do oddania do dyspozycji firmy GTS Poland zdolności finansowej i podpisywania dokumentów firmy „za zgodność” oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru, z którego będzie wynikać, że osoby wystawiające pełnomocnictwo są do tego uprawnione oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru dla podmiotu, który udostępnił GTS swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, u- pkt 2 kosztami postępowania obciążył wykonawcę Telekomunikacje Polska Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie.

Swoje rozstrzygnięcie Izba oparł na następujących ustaleniach faktycznych i prawnych:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, wyjaśnień treści ogłoszenia z dnia 17 czerwca 2011 r. i 22 czerwca 2011 r., wniosku odwołującego, wezwania z dnia 6 lipca 2011 r., wyjaśnień odwołującego z dnia 12 lipca 2011 r., pełnomocnictwa Polkomtel dla Marioli Męcarskiej, odpisu pełnego z KRS dla Polkomtel.

Izba ustalił, że zamawiający w ogłoszeniu na swojej stronie internetowej jak również w Dzienniku Urzędowym UE w zakresie wymaganych oświadczeń lub dokumentów zawarł następujące postanowienia:

W pkt VI ogłoszenia na stronie internetowej zawarł warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków i wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy samodzielnie lub wspólnie, którzy spełniają warunki dotyczące:

1. Posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Za spełniających ten warunek zamawiający uzna wykonawców, którzy są wpisani do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, późn. 1800).

2. Posiadania wiedzy i doświadczenia.

Za spełniających ten warunek zamawiający uzna wykonawców, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują usługi sieciowe oparte na technologii IP VPN MPLS, w tym przynajmniej jedną obsługującą co najmniej 200 lokalizacji, w tym dla punktów dostępowych w różnych miejscowościach zlokalizowanych w co najmniej 8 województwach na terenie Rzeczypospolitej Polskiej lub w odpowiednich jednostkach administracyjnych innych państw Unii Europejskiej o łącznej wartości co najmniej 12000000 PLN, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie oraz potwierdzą, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

3. Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Za spełniających ten warunek zamawiający uzna:

1) wykonawców, którzy dysponują osobą, która legitymuje się certyfikatem z zakresu zarządzania projektami zgodnie z metodyką PRIMCE2 lub równoważną. Osoba ta winna posiadać doświadczenie w kierowaniu projektem teleinformatycznym o wartości co najmniej 5 000 000 PLN,

2) wykonawców dysponujących co najmniej 10 osobami legitymującymi się wykształceniem oraz doświadczeniem zawodowym, niezbędnym do wykonania projektu w zakresie wdrażania i utrzymania sieci WAN, w tym co najmniej jedną osobą legitymującą się certyfikatem zawodowym CCNP lub równoważnym, wystawionym przez producenta sprzętu, takiego jak routery, przełączniki (switch), elementy systemu bezpieczeństwa sieciowego,

3) wykonawców, którzy wykażą, że na potrzeby realizacji zamówienia dysponują infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej IP MPLS z węzłami w minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są Okręgowe Inspektoraty SW, zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której wykonawca dysponuje wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń.

4. Sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Za spełniających ten warunek zamawiający uzna tych wykonawców, którzy potwierdzą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na poziomie nie niższym niż 12000000 PLN, a ponadto w sprawozdaniu finansowym wykażą się dodatnią marżą EBITDA w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, poziomem średniorocznych przychodów osiągniętych ze sprzedaży usług telekomunikacyjnych nie niższym niż 240 mln PLN netto (bez podatku od towarów i usług VAT).

Zamawiający wymaga ponadto, aby wykonawcy byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanej działalności.

W pkt VII ogłoszenia na stronie internetowej zamawiający zawarł informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

1. Aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do przetargu, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

2. Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do przetargu.

3. Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych

lub Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do przetargu.

4. Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do przetargu.

5. Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do przetargu.

6. Oświadczenie wykonawcy o spełnianiu wymagań określonych w art. 22 ust. 1 ustawy według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do ogłoszenia.

7. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów, o których mowa:

a) w pkt. 1-3 i 5 - składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: •

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;

b) w pkt. 4 - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania lub zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy.

8. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do ogłoszenia,

9. Zaświadczenie, o którym mowa w art. 11 ustawy Prawo telekomunikacyjne, o dokonaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

10. Wykaz świadczonych usług udostępniania sieci WAN, z podaniem ich wartości i odbiorców, opartych na technologii IP VPN MPLS, z uwzględnieniem okresu świadczenia usługi oraz liczby obsługiwanych lokalizacji i ich położenia geograficznego, za okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do przetargu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te w całym okresie świadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

11. Schemat sieci rdzeniowej IP MPLS wykonawcy z zaznaczeniem lokalizacji węzłów i dokumentacją wskazującą na podmiot odpowiedzialny za zarządzanie parametrami sieci i urządzeń należących do sieci rdzeniowej.

12. Oświadczenie o dysponowaniu co najmniej 10 osobami z wykształceniem oraz doświadczeniem zawodowym, niezbędnym do wykonania projektu w zakresie wdrażania i utrzymania sieci WAN, w tym co najmniej jedną osobą legitymującą się certyfikatem zawodowym CCNP lub równoważnym, wystawionym przez producenta sprzętu, takiego jak routery, przełączniki (ang. switch), elementy systemu bezpieczeństwa sieciowego.

13. Oświadczenie o dysponowaniu osobą legitymującą się certyfikatem z zakresu zarządzania projektami zgodnie z metodyką PRINCE2 lub równoważną. Ponadto należy

załączyć dokument potwierdzający, że osoba ta posiada wymagane doświadczenie.

14. Oplacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

15. Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na poziomie nie niższym niż 12000000 PLN, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do przetargu.

16. Sprawozdanie finansowe, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Postanowienia te odpowiadają wymogom zamawiającego zawartym w sekcji III.2 Warunki udziału ogłoszenia w DZUUE.

W dniu 17 czerwca 2011 r. zamawiający udzielił wyjaśnień do treści ogłoszenia:

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 1 o treści „Seksja III. 1.3 „forma prawna jaką musi przyjąć grupa wykonawców, której zostanie udzielone zamówienie” zamawiający wpisał „nie dotyczy”.

A) Czy w powyższy zapis należy rozumieć, że Zamawiający uniemożliwia ubieganie się o zamówienie przez kilku wykonawców w konsorcjum? Jeśli tak zaznaczam, iż jest to niedozwolone prawem ograniczanie konkurencji.

B) Jeśli jednak Zamawiający przewiduje ubieganie się o zamówienie przez kilku wykonawców w konsorcjum zwracamy się z prośbą o wypełnienie powyżej wskazanego punktu o niezbędne informacje tj.:

-jaka powinna być forma prawna uczestników wspólnie ubiegających się o zamówienie

Jakie są warunki udziału w postępowaniu dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie,

- w jaki sposób powinien zostać przygotowany wniosek składny przez konsorcjum (czyli jakie złożyć dokumenty , jak zamawiający będzie oceniał spełnienie warunków udziału w postępowaniu p wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie , itd.).

- czy można korzystać z podwykonawców czy że można polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów (o czym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy PZP).”

wyjaśnił, że poprzez zapis „nie dotyczy” nie miał na celu ograniczania konkurencji. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759 ze zm.), zwanej „ustawą”, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a poprzez powyższy zapis zamawiający nie chciał narzucać form, jakie winna przyjąć grupa wykonawców, która chce się ubiegać o udzielenie zamówienia. Ustawodawca jednoznacznie określił w art. 26 ustawy, że wykonawcy są zobowiązani do wykazania odpowiednio spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. W zależności od formy, jaką przyjmą wykonawcy ubiegający się wspólnie, zobowiązań powyższe dotyczyć będzie podmiotów samodzielnie lub wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a nie podmiotów, na których wiedzy lub doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych polega podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia. Niezależnie od powyższego do prerogatyw zamawiającego nie należy udzielanie porad w tej materii i ostateczna interpretacja przepisów należy do wykonawcy.

W dniu 22 czerwca 2011 r. zamawiający udzielił dalszych wyjaśnień treści ogłoszenia, jednakże nie odnosiły się one do wymagań dotyczących dokumentów lub oświadczeń, które powinien złożyć wykonawca korzystający z potencjału innego podmiotu.

We wniosku odwołującego znajdują się następujące oświadczenia i dokumenty:

- na stronie 28 zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, w którym firma Polkomtel S.A. zobowiązała się do oddania do dyspozycji GTS Poland sp. z o.o. zasobów niezbędnych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia tj. zdolności finansowej oraz dokumentu potwierdzającego spełnienie ww. wymogu czyli opinii bankowej spełniającej wymagania zamawiającego. Zobowiązanie zostało podpisane przez Kierownika ds. Ofert Polkomtel S.A. Mariolę Mękarską,
- na stronie 29 znajduje się kserokopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez Mariolę Mękarską, wystawiona w dniu 22 czerwca 2011 r. dla Polkomtel S.A. zaświadcząca o posiadaniu przez Polkomtel S.A. zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 12 mln zł.

Od strony 144 do 153 we wniosku odwołującego znajdują się dokumenty stanowiące wedle oświadczenia odwołującego jego tajemnice przedsiębiorstwa.

Na stronie 145 znajduje się zobowiązanie do udostępnienia zasobów podpisane przez dwóch członków zarządu udostępniającego.

Na stronie 146 znajduje się wykaz wykonanych usług na rzecz podmiotów prywatnych.

Na stronie 147 znajduje się referencja wystawiona dla innego podmiotu niż wykonawca, dotycząca pozycji 1 wykazu.

Na stronach 149 -150 znajduje się wykaz osób, gdzie jako podstawę dysponowania wskazano umowy o pracę w podmiocie, który złożył zobowiązanie na stronie 145. Wykaz został podpisany przez dyrektora handlowego.

Na stronie 151 znajduje się oświadczenie PRINCE 2 podmiotu, który złożył zobowiązanie na stronie 145, podpisane przez dyrektora handlowego.

Na stronie 152 znajduje się oświadczenie CCNP podmiotu, który złożył zobowiązanie na stronie 145, podpisane przez dyrektora handlowego.

W piśmie z dnia 6 lipca 2011 r. przesłanym odwołującemu faksem w dniu 7 lipca 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń;

1. Dokumentu potwierdzającego, że osoba legitymująca się certyfikatem z zakresu zarządzania projektami zgodnie z metodyką PrinceS lub równoważną posiada doświadczenie w kierowaniu projektem teleinformatycznym o wartości co najmniej 5 mln zł,
2. Schemat sieci rdzeniowej IP MPLS wykonawcy z zaznaczeniem lokalizacji węzłów dokumentacją wskazującą na podmiot odpowiedzialny za zarządzania parametrami sieci urządzeń należących do sieci rdzeniowej,
3. Oświadczenie, że wykonawca dysponuje infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej IP MPLS z węzłami w minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są Okręgowe Inspektoraty SW zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której wykonawca dysponuje wyłącznymi prawami możliwościami zarządzania parametrami fizycznymi urządzeń,
4. Pełnomocnictwa dla Marioli Mękarskiej uprawniającego do oddania do dyspozycji dla firmy GTS Poland zdolności finansowej i podpisywania dokumentów firmy „za zgodność” oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru, z którego będzie wynika, że osoby wystawiające pełnomocnictwo są do tego uprawnione.

Jednocześnie zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 do wyjaśnień

złożonego wniosku tj. do wykazania na podstawie dostarczonych sprawozdań finansowych, że marża EBIDTA była dodatnia w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wraz z opisem kalkulacji wskazujących źródło i znaczenie poszczególnych danych a także wyjaśnienia czy załączenie listu referencyjnego na stronie 147 jest równoznaczne z udostępnieniem odwołującemu zasobów posiadania wiedzy i doświadczenia. W przypadku, gdyby tak było zamawiający wzywał do dołączenia oświadczenia tego podmiotu o udostępnieniu zasobów oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru, z którego będzie wynikać, że osoby wystawiające oświadczenie są do tego uprawnione.

W dniu 12 lipca 2011 r. odwołujący złożył pismo, w którym zastrzegł, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w takim zakresie, w jakim dotyczą podmiotu udostępniającego swoje zasoby, co zostało zastrzeżone już we wniosku. Wskazał, że przedkłada opis kalkulacji, z której wynika dodatnia marża EBIDT, a także oświadczenie podmiotu, dla którego referencja znajduje się na stronie 147 wniosku o udostępnieniu zasobów odwołującemu. Odnosnie żądania uzupełnienia dokumentów tj. pełnomocnictwa dla Marioli Mękarskiej oraz odpisu KRS dla podmiotu udostępniającego zasoby, oraz odpis z KRS dla podmiotu, którego referencja została załączona na stronie 147 wniosku, odwołujący wskazał, że Mariola Mękarska była upoważniona do działania w imieniu i na rzecz firmy Polkontel, w tym do podpisania zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących Polkontel

S.A., a także osoba, która podpisała oświadczenie w imieniu podmiotu, którego referencja znajduje się na stronie 147 wniosku była upoważniona do podpisywania zobowiązań do udostępnienia zasobów w imieniu tego podmiotu. Odwołujący wezwał zamawiającego do unieważnienia wezwania do złożenia dokumentów w postaci pełnomocnictwa, oraz odpisów z właściwych rejestrów dla podmiotów udostępniających zasoby i w tym zakresie powołał się na wyrok Izby z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 447/11, KIO 449/11 i KIO 452/11. Jednocześnie załączył oświadczenie osoby wskazanej w pozycji 1 wykazu ze stron 149-150 wniosku o posiadaniu doświadczenia w kierowaniu projektem teleinformatycznym o wartości co najmniej 5 mln zł, schemat sieci rdzeniowej oraz oświadczenie dot. dysponowania ogólnopolską siecią IP MPLS. Wniósł o nieudostępnianie wezwania do uzupełnienia innym podmiotom.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ma szansę na zakwalifikowanie się do grupy wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zaskarżoną czynnością zamawiającego w postaci pozbawienia możliwości złożenia oferty i utratę możliwości uzyskania zamówienia, co oznacza utratę zysku zakładanego w związku z realizacją zamówienia. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została przez odwołującego spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b ustawy oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, późn. 1817) poprzez zażądanie od odwołującego dokumentów, w postaci pełnomocnictwa dla Pani Marioli Mękarskiej oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru, z którego będzie wynikać, prawidłowa reprezentacja do udzielenia pełnomocnictwa, a także aktualnego odpisu z właściwego rejestru dla podmiotu który udostępnił swoje zasoby.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu żadnych wymagań dotyczących dokumentów lub oświadczeń, które mają przedkładać wykonawcy korzystający z udostępnienia zasobów innych podmiotów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy. Izba podziela stanowisko odwołującego i przystępującego, iż zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasób, jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pomiedzy stronami nie było

sporne, iż zobowiązanie to jest oświadczeniem woli podmiotu udostępniającego zasób. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy zamawiający może żądać o wykonawców złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających m. in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jednak aby z tej możliwości móc skorzystać musi wskazać je w ogłoszeniu o zamówieniu, jako że postępowanie toczy się w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie jest zatem dokumentem, z którego wykonawcy uzyskują wiedzę o warunkach udziału w postępowaniu oraz o dokumentach, za pomocą, których zamawiający będzie dokonywał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy Prezes Rady Ministrów posiada delegację ustawową do określenia, jakie dokumenty mogą być przez zamawiającego żądane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Takie rozwiązanie ustawowe wyklucza dowolność zamawiającego w określaniu katalogu dokumentów, za pomocą których chce oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Prezes Rady Ministrów z tej delegacji ustawowej skorzystał i wydał rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, póź. 1817). Bězsporne jest, że wykonawcy mogą korzystać z możliwości wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zasobów innych podmiotów. Wyraźnie wskazuje na to przepis art. 26 ust. 2 b ustawy. Ustawodawca, w tym przypadku, w przeciwieństwie do zakresu uprawnień zamawiającego, nie zdecydował się na stworzenie zamkniętego katalogu dowodów za pomocą, których wykonawca ma wykazać, że zasób został mu udostępniony na czas niezbędny dla wykonania zamówienia. Ustawodawca określił katalog zasobów, które mogą być udostępnione oraz wskazał jedynie przykładowo, że dowodem takiego udostępnienia może być zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnego zasobu. Z tym szerokim, otwartym katalogiem dowodów nie zostały skorelowane uprawnienia zamawiającego w zakresie weryfikacji przedłożonych dowodów. Ustawa nie daje zamawiającemu w tym zakresie żadnych wytycznych, czy uprawnień.

Natomiast w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów ustawodawca wskazał jednoznacznie, że dokumentami innych podmiotów, jakich zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy, który korzysta z cudzych zasobów, są wyłącznie dokumenty wskazane w § 2 tegoż rozporządzenia. Chodzi tu o dokumenty wykazujące brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu m. in. aktualny odpis w właściwego rejestru, który jednak ma służyć wyłącznie wykazaniu braku podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy tj. nieznajdowaniu się przez podmiot trzeci w stanie likwidacji czy upadłości. Warunkiem jednak wymagania przez zamawiającego złożenia takiego dokumentu jest pierwotne żądanie zamawiającego, w tym zakresie oraz to czy udostępniający zasób podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 25 ust. 1 zd. 2 ustawy żądanie zamawiającego co do złożenia przez wykonawcę dokumentów podmiotu trzeciego, o których mowa w §2 rozporządzenia, musi zostać przez niego sformułowanie w ogłoszeniu o zamówieniu (dla przetargu ograniczonego). Nie wskazanie tych dokumentów w ogłoszeniu pozbawia zamawiającego możliwości żądania dokumentu na późniejszym etapie postępowania. Byłoby to bowiem sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy gdyż wykonawca nie korzystający z zasobów podmiotu trzeciego, byłby w uprzywilejowanej sytuacji względem podmiotu z takich zasobów korzystających, gdyż katalog wymaganych od niego dokumentów byłby mu wiadomy z ogłoszenia, a wykonawca korzystający z zasobów o tych wymaganiach miałby się dowiadywać później. Stanowisko obu przystępujących, co do konieczności weryfikacji skuteczności złożonych przez podmioty trzecie oświadczeń woli, nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach prawa. Ustawodawca uznał za wystarczającą dla zamawiającego ochronę przed fikcyjnym korzystaniem z cudzych zasobów w postaci możliwości żądania dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia (§ 1 ust. 2 rozporządzenia w związku z § 2 rozporządzenia). Nie sposób nie uznać racjonalności ustawodawcy, który zakłada działanie wykonawców zgodnie z prawem i w oparciu o to założenie, nie nakłada na podmioty nie będące uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (podmioty udostępniające zasoby) dodatkowych obciążeń w postaci składania konkretnych dokumentów. Ograniczenie uprawnień zamawiającego w tym zakresie do oceny przedłożonych przez wykonawców dowodów służy także zapobieganiu arbitralności zamawiającego, który mógłby nadużywać swojej pozycji przy określaniu jaki dowód uzna za wiarygodny, a jaki nie. Izba podziela w tym zakresie i uznaje za własne rozważania poczynione przez Izbę w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 447/1 1,

KIO 449/11 i KIO 452/11, uznając że zamawiający ma jedynie prawo i obowiązek oczekiwać od wykonawców wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Jego prawo nie rozciąga się jednak na uprawnienie żądania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust.3 ustawy, które nie mieszczą się w katalogu dokumentów przewidzianych w § 2 rozporządzenia w sprawie

rodzajów dokumentów jak i których złożenia zamawiający nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 5 listopada 2010r. sygn. akt KIO 2287/10 i KIO 2307/10. Izba uznała, że zamawiający żądając złożenia pełnomocnictwa dla Marioli Mękarskiej, odpisu z KRS dla wykazania uprawnienia do reprezentacji Polkomtel osób, które udzielały tego pełnomocnictwa oraz odpisu z KRS dla podmiotu który udzielił referencji na stronie 147 wniosku. Zarzut potwierdził się, a zamawiający naruszył art.

7 ust. 1 ustawy, art. 25 ust. 1 zd. 2 ustawy, 26 ust. 2 b i 3 ustawy oraz § 1 ust. 2 i § 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy, uznając, że stwierdzone naruszenie mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania w postaci zawężenia kręgu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, a zatem mogło wpłynąć na wynik tego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w zw. z § 3 pkt 1 oraz pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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, póź. 238) oraz Izba uwzględniła koszty odwołującego z tytułu wpisu oraz z tytułu zastępstwa prawnego w maksymalnej dopuszczalnej rozporządzeniem wysokości, zgodnie przedłożoną fakturą VAT.

Skargę od powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113. póź. 759, z późn. zm) - oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd 3 ustawy PZP zaskarżając w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1530/11.

Krajowej Izbie Odwoławczej zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b i art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez błędną ich wykładnię polegającą na uznaniu, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, który w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołuje się - na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy PZP - na zasoby podmiotu trzeciego, uzupełnienia dokumentów (pełnomocnictwa i odpisu z KKS), z których wynikałoby umocowanie osoby składającej podpis pod dokumentem zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, do działania w imieniu tego podmiotu trzeciego;

2) § 1 ust. 2 i § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, póź 1817) w zw. z art. 25 ust. 1 zd. 2 ustawy PZP poprzez ich zastosowanie, w sytuacji gdy przepisy te nie znajdują zastosowania do zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak też do innych dokumentów składanych przez wykonawcę w celu udowodnienia dysponowania udostępnionymi mu zasobami podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy PZP. z uwagi na fakt, iż złożenie tych dokumentów, jak też ich wybór, zależy wyłącznie od decyzji samego wykonawcy, a nie decyzji zamawiającego.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd 3 ustawy PZP wniósł o;

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198 fust. 5 in fine ustawy PZP i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego art. 102 k.p.c.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługuje na uwzględnienie aczkolwiek z innych przyczyn niż w niej wskazane.

Zgodnie z treścią art. 179 ust 1. ustawy prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W rozumieniu art. 179 ust. 1 przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia pozwala skarżyć czynności zamawiającego.

Szkoda jako przesłanka środka odwoławczego powinna być rozumiana w sposób cywilistyczny, tj. zarówno jako strata, jak i jako utracone korzyści, przy czym w praktyce przeważać będzie ten drugi rodzaj szkody, zaś utracone korzyści to utracone przez wykonawcę (lub inną osobę) przychody z uzyskanego zamówienia. Do wniesienia odwołania wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody, jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Wystąpienie szkody jako takiej nie jest warunkiem *sine qua non* zasadności środka odwoławczego. Przenosząc te na grunt niniejszej sprawy uznać należy w ocenie Sądu Okręgowego, iż na dzień orzekania przez Sąd Odwoławczy nie posiadał interesu do wniesienia odwołania. Zgodnie bowiem z treścią art. 316 § 1 kpc, który to przepis poprzez treść art. 198 a ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych ma zastosowanie w niniejszej sprawie sąd wydaje wyrok biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Jak wynika z materiału zebranego w aktach odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w postaci:

- pełnomocnictwa dla Marioli Męcarskiej uprawniającego do oddania do dyspozycji odwołującego zdolności finansowej i podpisywania dokumentów firmy „za zgodność” oraz aktualnego odpisu z rejestru, z którego będzie wynikać, że osoby wystawiające pełnomocnictwo są do tego uprawnione;
- aktualnego odpisu z rejestru dla podmiotu, który udostępnia odwołującemu swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Mimo zaskarżenia tej czynności zamawiającego, odwołujący w trakcie rozprawy przed Sądem złożył do akt żądane przez zamawiającego dokumenty. Należy więc zauważyć, iż na dzień orzekania nie zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Na marginesie jedynie podnieść należy, iż Sąd Okręgowy podziela w całości ustalenia faktyczne i ocenę prawną wyrażoną w zaskarżonym wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą. Bezsprzeczne jest, iż zamawiający nie zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu żadnych wymagań dotyczących dokumentów lub oświadczeń, które mają przedkładać wykonawcy korzystający z udostępnienia zasobów innych podmiotów w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego w ocenie Sądu Okręgowego uznać należy, iż nie mógł żądać uzupełnienia oferty o takie dokumenty.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 fust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych orzekł jak w wyroku.