

Sygn. akt: KIO 2558/10

WYROK
z dnia 09 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 26 listopada 2010 r. wniesionego przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalny Węzeł Łączności we Wrocławiu, ul. Bernarda Pretficza 28, 50-984 Wrocław**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 09 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2558/10

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego „Świadczenie usług telefonii publicznej dla Regionalnego Węzła Łączności w Poznaniu w zakresie realizacji połączeń lokalnych, międzystrefowych oraz do sieci telefonii komórkowej”, znak sprawy: 16/RWŁ/PN/I/2010, wszczęte przez Regionalny Węzeł Łączności we Wrocławiu, ul. Bernarda Pretficza 28, 50-984 Wrocław zwany dalej: „Zamawiającym” – ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 186-284199 w dniu 24.09.2010 r.

W dniu 16.11.2010 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Telefonii DIALOG S.A., Pl. Jana Pawła II 1, 50-136 Wrocław zwana dalej: „Telefonią DIALOG S.A.” w części: I, IV, VI, VII, IX, X, XI, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII.

W dniu 26.11.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa zwana dalej: „TP SA” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty sprzecznej ze specyfikacją w cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, ewentualnie zaniechania wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.11.2010 r. (faxem). Zamawiającemu zarzucił:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Telekomunikacja Dialog S.A. jako sprzecznej z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”,
2. ewentualnie naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu. Wnosił o:
 1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII;
 2. Nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert dla cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII;
 3. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Telefonii Dialog S.A. jako sprzecznej z SIWZ dla części IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII zamówienia;
 4. ewentualnie nakazanie wykluczenia wykonawcy Telefonii Dialog S.A. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII ze

względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt. 2) Rozdz. III SIWZ zawarł następujące wymaganie: „Wykonawca na dzień rozpoczęcia świadczenia usług musi posiadać Punkty Styku Sieci - połączenia publicznej sieci telekomunikacyjnej z siecią telekomunikacyjną wojskowego systemu telekomunikacyjnego w danej lokalizacji”. Postanowienie to, zgodnie z intencją Zamawiającego powinno być rozumiane jako element opisu przedmiotu zamówienia jednak możliwe jest również uznanie, że jest to element opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W pierwszym przypadku należy przyjąć założenie, że usługa będzie wykonywana poprzez Punkty Styku Sieci, które będą w posiadaniu wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia, przy drugim rozumieniu tego postanowienia, zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp wymaganie powinno być odczytane jako: „wykonawca dysponuje Punktami Styku Sieci”.

PSS (punkty styku sieci, zwane dalej: „Punkty Styku Sieci” albo „PSS”) określane przez Zamawiającego to miejsca, w których następuje fizyczne połączenie infrastruktury wojskowej z infrastrukturą Operatora. Punktami styku mogą być kable, przełącznice kablowe, modemy, teletransmisja światłowodowa czyli wszystko, co umożliwia fizyczne połączenie sieci wojskowej z operatorską. Zgodnie z dokładnym opisem sposobu realizacji usługi zawartym w ofercie wykonawcy Telefonii Dialog S.A., wykonawca ten nie przewiduje posiadania Punktów Styku Sieci w chwili rozpoczęcia świadczenia usługi. Realizacja zamówienia, zgodnie z opisem, o którym mowa powyżej, odbywać się będzie na podstawie WLR (ang. *Wholesale Line Rental*) - hurtowego dostępu do sieci. WLR jest usługą, w której operator przejmuje obsługę połączeń telefonicznych od innego operatora wraz z pobieraniem abonamentu. Operator przejmujący świadczy usługi pod własną marką, jednakże fizycznie użytkownicy są nadal podłączeni do sieci Operatora świadczącej usługę WLR. Innymi słowy, wykonawca Telefonii Dialog S.A. w zakresie cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII postępowania, będzie realizował zamówienia na zasadzie odsprzedaży dostępu do sieci. Jak przyjmuje się w doktrynie: „*Posiadanie jest kategorią ściśle związaną z władztwem faktycznym nad rzeczą. Władztwo to (corpus) stanowi związek posiadacza z rzeczą. Ten związek musi być faktyczny, czyli zapewniać posiadaczowi możliwość wpływu na rzecz przy użyciu bezpośrednich środków fizycznych*” (za j. Gołaczyński [w:] E. Gniewek, Kodeks Cywilny. Komentarz, W-wa 2006, s. 476). Przepo należy stwierdzić, że wykonawca Telekomunikacja Dialog, w zakresie cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII postępowania, zakładając ich realizację w ramach WLR nie ma, ani nie zakłada, że będzie miał fizyczne władztwo Punktów Styku Sieci podczas realizacji zamówienia. Rozumiejąc postanowienie Rozdz. III pkt 2) SIWZ jako część opisu przedmiotu zamówienia, dochodzimy do wniosku, że oferowana przez wykonawców usługa powinna być świadczona w oparciu o PSS w lokalizacjach Zamawiającego, które będą w posiadaniu

wykonawcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi. Zatem zawarta w ofercie Telefonii Dialog S.A. propozycja wykonywania zamówienia na zasadzie WLR jest niezgodna ze specyfikacją. Wbrew opisowi przedmiotu zamówienia, usługa oferowana przez wykonawcę Telefonii Dialog S.A. nie będzie świadczona za pomocą posiadanych przez wykonawcę PSS, lecz *de facto* poprzez odsprzedaż dostępu do linii operatora świadczącego WLR. Przeto należy stwierdzić, że zaoferowano usługę nieodpowiadającą przedmiotowi zamówienia, co czyni ofertę sprzeczną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i jako taka podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Należy w tym miejscu podkreślić, że sposób realizacji zamówienia w oparciu o Punkty Styku Sieci, znajdujące się w posiadaniu wykonawcy, nie pozostaje bez znaczenia dla przedmiotowego postępowania, tego rodzaju wymaganie znajduje swoje uzasadnienie. Posiadanie ich przez wykonawcę zapewnia Zamawiającemu, wyższy poziom bezpieczeństwa, niż usługa świadczona na podstawie WLR. Jest to szczególnie istotne dla Zamawiającego - Regionalnego Węzła Łączności, będącego jednostką wojskową, a zatem mającego bezpośredni związek z obronnością Państwa.

Zasadne jest również podkreślenie, iż niezależnie od charakteru postanowienia zawartego w Rozdz. III pkt 2) SIWZ, nie stało się on przedmiotem zarzutu w odwołaniu, ani jako element opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu sprzeczny z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, ani jako element opisu przedmiotu zamówienia niezgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Z ostrożności Odwołujący odniesie się także do oferty Telekomunikacja Dialog S.A. przez pryzmat wymagania posiadania PSS jako warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, wykonawca musi wykazać jedynie fakt dysponowania potencjałem technicznym, czyli przepis ten uprawnia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie posiadają odpowiedniego potencjału technicznego w chwili składania ofert, co nie zakazuje wymagać, aby posiadali go w chwili rozpoczęcia realizacji zamówienia. *„Dysponować potencjałem technicznym to znaczy co najmniej posiadać niezbędne do wykonania zamówienia publicznego narzędzia i urządzenia - zarówno jako właściciel (posiadacz samoistny), jak i użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mając inne prawo (np. prawo wynikające z umowy leasingu), z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny), ale również na innej podstawie, takiej z którą nie łączy się posiadanie np. na podstawie umowy przedwstępnej”* (G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2007, s. 162), *„Zarówno (...) kategoria „posiadania” jak i „dysponowania” nie wymaga, aby wykonawca był właścicielem środków niezbędnych do wykonania zamówienia. Jednocześnie (...) wykonawca, aby złożyć prawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie musi być fizycznie w posiadaniu środków technicznych w momencie składania ofert’* (T. Czajkowski,

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2007, s. 128). W żadnym wypadku sformułowanie „dysponowanie” nie pozwala na dokonywanie w odmienny sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wobec poszczególnych wykonawców, co byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp. Przede wszystkim, dysponowanie nie oznacza, że jeśli posiadanie potencjału technicznego nie jest wymagane w chwili składania oferty, to nie jest wymagane w ogóle. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymaga posiadania PSS już w chwili składania oferty. W SIWZ nie ograniczono również podstawy na jakiej miało by się opierać owo posiadanie. Wreszcie, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano 16.11.2010 r., rozpoczęcie świadczenia usługi ma nastąpić 01.01.2011 r. Po uwzględnieniu okresu *standstill* i tak zostaje około miesiąca na wykonanie ewentualnych PSS w lokalizacjach Zamawiającego, jeśli wejście w ich posiadanie nie jest możliwe na inne podstawie niż prawo własności. Mając powyższe na względzie, należy uznać, że zaproponowany przez Telefonia Dialog S.A. sposób realizacji zamówienia, zaprzecza potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie tylko nie potwierdza on posiadania Punktów Styku Sieci w lokalizacjach Zamawiającego, lecz zakłada, że Telefonia Dialog S.A. nie będzie ich posiadał w przyszłości. Prowadzi to do wniosku, że Telefonia Dialog S.A. powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 26.11.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 01.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Telefonia DIALOG S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba nie uznała skuteczności niniejszego przystąpienia, do czego odniesie się w dalszej części uzasadnienia.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, postanowieniami SIWZ, odpowiedziami Zamawiającego na pytania (pismo z dnia 08.10.2010 r.), ofertą Telefonii Dialog S.A., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz: I, IV, VI, VII, IX, X, XI, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII w dniu 16.11.2010 r., odwołaniem w cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp we wnoszeniu odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert w cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Telefonia DIALOG S.A. Zgłoszenie przystąpienia w przywołanym terminie miało miejsca pisemnie, ale po 3 dniowym terminie. Zgodnie z art. 184 ust. 2 zd. 2 Pzp zgłoszenie przystąpienia: „*doręcza się Prezesowi Izby*”, wynika z tego, iż wiążąca jest data faktycznego doręczenia zgłoszenia przystąpienia Prezesowi KIO w terminie przewidzianym w Pzp, a nie data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na pytania (pismo z dnia 08.10.2010 r.), oferty Telefonii Dialog S.A., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz: I, IV, VI, VII, IX, X, XI, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII w dniu 16.11.2010 r., odwołania w cz: IV, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Telefonii Dialog S.A. jako sprzecznej z SIWZ, Izba uznała za chybiony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W Rozdz. III: „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 2 SIWZ Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Wykonawca na dzień rozpoczęcia świadczenia usług musi posiadać Punkty Styku Sieci - połączenia publicznej sieci telekomunikacyjnej z siecią telekomunikacyjną wojskowego systemu telekomunikacyjnego w danej lokalizacji”.

W ramach odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 08.10.2010 r.) – odpowiedź na pytanie 1 wskazano: „Zapytanie do SIWZ, Rozdział II punkt 2) Zamawiający w powyższym miejscu SIWZ stawia następujący wymóg: „Wykonawca na dzień rozpoczęcia świadczenia usług musi posiadać Punkty Styku Sieci - połączenia publicznej sieci telekomunikacyjnej z siecią telekomunikacyjną wojskowego systemu telekomunikacyjnego w danej lokalizacji”. Czy Zamawiający wyraża zgodę, aby Wykonawca świadczył usługi telefonii publicznej w poszczególnych lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego na łączach należących do TP SA w ramach usługi hurtowego dostępu do sieci: „Telekomunikacji Polskiej” SA - WLR ? Odpowiedź na pytanie nr 1: W sprawie dostępu do sieci telekomunikacyjnej Zamawiającego w danej lokalizacji Wykonawca ma prawo postąpić zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zmianami) oraz aktów wykonawczych na jej podstawie”.

Na stronie 6 oferty Telefonii DIALOG SA oświadczyła, że w ramach - dokładnego opisu sposobu realizacji usługi: „W częściach IV, V, VI, VII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII zestawienie łączy w oparciu o usługę „Hurtowego dostępu do sieci Telekomunikacji Polskiej SA” – WLR”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że mimo iż Zamawiający, jak podnosił na rozprawie nie precyzował jak charakter ma mieć: „posiadanie” wskazane w Rozdz. III pkt 2 SIWZ, to bezsprzecznie dopuści możliwość realizacji zamówienia poprzez świadczenie usługi telefonii publicznej w poszczególnych lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego na łączach należących do TP SA w ramach usługi hurtowego dostępu do sieci: „Telekomunikacji Polskiej” SA - WLR. Powyższe wynika jednoznacznie z odpowiedzi na pytanie 1 (pismo z dnia 08.10.2010 r.) albowiem z mocy art. 32 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zmianami) - Minister właściwy do spraw łączności określił, w drodze rozporządzenia, szczegółowe wymagania dla zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności w zakresie dotyczącym:

1) prowadzenia negocjacji w sprawie połączenia sieci telekomunikacyjnych,

- 2) wykonywania obowiązków związanych z połączeniem sieci telekomunikacyjnych dotyczących spełniania wymagań w zakresie interoperacyjności usług, integralności sieci, postępowań w sytuacjach szczególnych zagrożeń i awarii oraz zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej,
 - 3) zapewnienia podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5, 7 i 8, dostępu telekomunikacyjnego do publicznej sieci telekomunikacyjnej,
 - 4) zachowania poufności informacji związanych z zapewnieniem dostępu telekomunikacyjnego,
 - 5) rozliczeń z tytułu wzajemnego korzystania z sieci telekomunikacyjnej oraz niewykonania lub nienależytego wykonania świadczonych wzajemnie usług telekomunikacyjnych
- w celu zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym i ochrony użytkowników końcowych.

W konsekwencji na podstawie wskazanego art. 32 wydano akt wykonawczy: Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 21.07.2008 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego (Dz. U. z 2008 r. Nr 145, poz. 919) określające kwestie związane m.in. z udostępnieniem infrastruktury telekomunikacyjnej przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, do którego sieci jest przyłączana inna sieć telekomunikacyjna (§ 4 ust.1 przywołanego rozporządzenia).

Po drugie, powyższe stanowisko potwierdził *de facto* sam Odwołujący, który mimo podtrzymania pierwszego zarzutu, podczas rozprawy stwierdził - na pytanie przewodniczącego odnośnie odpowiedzi na pytanie 1 (wyjaśnienia treści SIWZ z 8.10.2010 r.), iż: „(...) w jego ocenie odpowiedź na niniejsze pytanie nie zmienia niczego w odniesieniu do zarzutu 2, to jest zarzutu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym”.

Na marginesie Izba stwierdza także, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby Wykonawcy wskazali zakres w jakim będą korzystać z podwykonawców.

Zaś - WLR (ang. Wholesale Line Renting) – to usługa polegająca na obsłudze abonenta sieci stacjonarnej przez operatora alternatywnego na linii innego operatora, z reguły dominującego, polega także na tym, iż obsługa (w tym wystawianie rachunków, naprawy, czy rozpatrywanie reklamacji) jest dokonywana przez nowego operatora (<http://technowinki.onet.pl/slownik/wlr,1,3050398.artykul.html>) – w tym wypadku Telefonii DIALOG SA. Kwestia czasookresu na procedurę wynikającą w Rozporządzenia przywołanego powyżej, w ocenie Izby nie ma znaczenia dla przedmiotowego postępowania, wobec wynikającego § 3 ust. 3 obowiązku akceptacji wniosku (istnieje tylko możliwość dostosowania warunków tej akceptacji), kar umownych określonych przez Zamawiającego w wzorze umowy oraz możliwości tymczasowego wykorzystania własnej sieci, czyli innych central Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut ewentualnego naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, Izba uznał również za chybiony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. V: *„Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”* pkt 1) wskazał, że o udzielnie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy składający ważną i odpowiednią ofertę oraz: c) dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym (...) a ponadto: pkt 5) dla części IV zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 1.400 NN; pkt 7) dla części VI zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 650 NN; pkt 8) dla części VII zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 1.000 NN; pkt 11) dla części X zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 500 NN; pkt 14) dla części XIII zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 600 NN; pkt 16) dla części XV zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 560 NN; pkt 17) dla części XVI zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 1.000 NN; pkt 18) dla części XVII zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 940 NN; pkt 19) dla części XVIII zamówienia: d) dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym przyjęcie ruchu z centrali Zamawiającego o pojemności 1.000 NN. Zgodnie z Rozdz. V: *„Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”* pkt 1) Wykonawca w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy, oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielnie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust.1 ustawy, składa załączone do oferty w formie oryginału lub kopii, poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, dokumenty zgodne z art. 26 ust.1 ustawy i wyszczególnione w § 1 ust.1 pkt 1, 3 i 10, § 2 ust.1 pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 20009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 817), tj.: (...) g) oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu

określonych w art. 22 ust. 1 ustawy oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust.1 ustawy – wg załącznika nr 2 do SIWZ.

Na stronie 7 oferty Telefonii DIALOG SA załączyła stosowne oświadczenie wg załącznika nr 2 do SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Telefonii DIALOG SA złożyła stosowne oświadczenie wymagane zgodnie postanowieniami SIWZ na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Izba zauważa, że brak jest jakiegokolwiek wymogu w ramach postanowień SIWZ odnoszącego się do art. 26 ust.2 b Pzp. Jednocześnie, należy wskazać, że orzecznictwo ukształtowało stanowisko, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest wystarczającą okolicznością, iż z art. 26 ust. 2 b Pzp: „zobowiązanie” wynika wprost z jego treści. W ocenie Izby konieczne jest, aby wymóg udowodnienia faktu dysponowania zasobami na wypadek korzystania z pomocy innych podmiotów powinien być wyraźnie określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu lub SIWZ. Art. 26 ust. 2a Pzp stanowi, bowiem że Wykonawca czyni to: „(..) na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym (...)”. Nie można bowiem domniemywać, że istnieją jeszcze inne warunki, nie podane w ogłoszeniu, czy też SIWZ. W konsekwencji opisując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający powinien zastrzec, że gdy Wykonawca zamierza polegać na zdolnościach podmiotów trzecich, musi udowodnić, w drodze wybranych przez siebie środków dowodowych, fakt dysponowania takimi zasobami na czas realizacji zamówienia. Na zasadzie analogii należy wskazać, że również obowiązek złożenia oświadczenie o spełnianiu warunków o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp mimo, że wynika bezpośrednio z art. 44 Pzp wymaga stosownego wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Dodatkowo, Izba zauważa, że zgodnie z art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2 b Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu powyżej „progów unijnych”, czyli dowodów stosownie do treści art. 26 ust. 2 b Pzp i jedynie uprawniony do takiego zachowania w postępowaniu poniżej „progów unijnych”. Stanowisko przedstawione powyżej przez Izbę nie ma charakteru odosobnionego, lecz ma podstawy w doktrynie – patrz: A. Sołtysińska, G. Wicik: „Dopuszczalność powoływania się na zdolność innych podmiotów”, Kwartalnik PZP, Nr 4 (23)/2009, str. 31-35.

Po drugie, stanowisko o konieczności załączenia z inicjatywy Wykonawcy stosownego „zobowiązania” wynikającego z art. 26 ust. 2 b Pzp, wobec braku takiego „zobowiązania” w ramach oferty Telefonii DIALOG SA, należy uznać za zarzut odnoszący

się do postanowień SIWZ (brak stosownego wymogu w SIWZ), w tym zakresie należy uznać je za spóźnione na tym etapie postępowania.

Po trzecie, Izba nie uznała argumentacji Odwołującego, należy bowiem dodatkowo podnieść, że art. 26 ust. 2b Pzp znajduje zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na zasoby - osoby zdolne do wykonania zamówienia, czy też rzeczy należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami, czy też rzeczami. W takim przypadku mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy też rzeczami w sposób pośredni (dysponowanie pośrednie). Inaczej mówiąc będziemy mieli do czynienia z sytuacją odpowiadającą instytucji dzierżenia z art. 338 Kc, czyli faktycznego władania za kogoś innego. *A contrario* należy uznać, iż art. 26 ust. 2 b Pzp nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami, czy też rzeczami (dysponowanie bezpośrednie). Inaczej mówiąc będziemy mieli do czynienia z sytuacją odpowiadającą instytucji posiadacza samoistnego i zależnego z art. 336 kc, czyli posiadaniem zarówno jako właściciel – faktyczne władanie w tym charakterze (posiadacz samoistny), jak i jako użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). Corpus - czyli faktyczne władztwo nad rzeczą, oraz animus - wola władania rzeczą dla siebie. A zatem posiadaczem będzie nie tylko właściciel danej rzeczy, ale także Wykonawca któremu przysługuje prawo władania rzeczą np. prawo najmu. W tym miejscu należy wskazać również, iż w myśl postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przy czym Pzp nie zastrzega formy prawnej owego dysponowania. Podobnie wskazywał Odwołujący w swoim odwołaniu na str. 4. W przedmiotowym stanie faktycznym zaistnieje władztwo nad cudzą rzeczą, a Telefonia DIALOG SA, będzie Wykonawcą który będzie zachowywać się, jak właściciel choć nie będzie nim w sensie prawnym (m.in. będzie wystawiać rachunki, dokonywać napraw, czy też rozpatrywać reklamacje i ponosić odpowiedzialność z tego tytułu).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....