

**WYROK**  
**z dnia 9 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2011 r. odwołania wniesionego przez **Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 04-164 Warszawa)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie, 00-580 Warszawa, Al. Szucha 23** odwołania z dnia 25 lutego 2011 r.,

przy udziale:

I.

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (lider); GTS Energis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15 i DECSOFT S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-402 Warszawa, ul. Ciołka 8;**
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **ATM S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a (lider) i Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie, 01-494 Warszawa, ul. Księcia Bolesława 6,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

II.

1. **Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 04-164 Warszawa) i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 04-164 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) przez Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 04-164 Warszawa), w tym:**
    - a) kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (lider); GTS Energis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15 i DECSOFT S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-402 Warszawa, ul. Ciołka 8, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
    - b) kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. ATM S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a (lider) i Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie, 01-494 Warszawa, ul. Księcia Bolesława 6, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Globalną sieć teleinformatyczną MSZ z usługą transmisji danych, głosu i obrazu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2010 r., nr 2010/S 207-316590.

W dniu 15 lutego 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołujący”, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, informując iż wszyscy wykonawcy, którzy nadesłali wnioski o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego spełnili warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu

W dniu 25 lutego 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 25 lutego 2011 r.) na:

1. czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. zaniechanie wykluczenia konsorcjum ATM oraz konsorcjum ComArch,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 60d ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego konsorcjum ATM oraz konsorcjum ComArch, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 23 ust. 2, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i art. 96 k.c. poprzez:
  - a) poprzez przyjęcie, że konsorcjum ATM, udowodniło spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy treść wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazuje na to, że wykonawca ATM ubiegał się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu samodzielnie, a do wniosku nie dołączono zobowiązania do udostępnieniu niezbędnych zasobów wystawionego przez Instytut Wojsk Lotniczych,

- b) a w przypadku ustalenia, że wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, przyjęcie że pełnomocnik wykonawców podpisujący wniosek został należycie umocowany,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2 b w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca ATM udowodnił spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy:
- a) zobowiązania do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, w zakresie wiedzy i doświadczenia, wystawione zostały na rzecz podmiotów „pośredniczących”, które następnie „przekazały” je w drodze dalszych zobowiązań na rzecz wykonawcy ATM,
- b) Instytut Wojsk Lotniczych nie przedłożył świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego,
- c) Usługi wskazane w „Wykazie wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosku” nie odpowiadają wymaganiom określonym w sekcji III pkt 2.3) ppkt 1a) ogłoszenia, w szczególności treść referencji pozostaje w sprzeczności z opisem tych usług dokonany w „wykazie”,
4. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 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 (Dz. U., Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, przez przyjęcie, że konsorcjum ComArch przedłożyło opłaconą polisę potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2 b w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że konsorcjum ComArch udowodnił spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy:
- a) zobowiązania do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, w zakresie wiedzy i doświadczenia, wystawione zostały na rzecz podmiotów trzecich, które następnie „przekazały” je w drodze dalszych zobowiązań na rzecz konsorcjum ComArch,
- b) uczestnicy konsorcjum GTS Sp. z o.o. i ComArch S.A. nie przedłożyli świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego,

- c) Usługi wskazane w „Wykazie wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosku” nie odpowiadają wymaganiom określonym w sekcji III pkt 2.3) ppkt 1a) ogłoszenia, w szczególności treść referencji pozostaje w sprzeczności z opisem tych usług dokonany w „wykazie”,

Jednocześnie Odwołujący wniosk o:

1. unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaproszenia do dialogu,
2. powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenie wykonawcy ATM i konsorcjum ComArch, ewentualnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż wniosek został złożony przez wykonawcę ATM, a nie konsorcjum ATM, gdyż powyższe nie wynika z treści formularza wniosku, a ponadto Pani Beata Z podpisująca ów wniosek nie miała umocowania do działania w imieniu Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych. Polisa załączona do wniosku ATM wprowadza terytorialne zawężenie odpowiedzialności cywilnej, tym samym powodując iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Do wniosku konsorcjum ATM i konsorcjum ComArch nie dołączono świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego dla wszystkich członków konsorcjum. A ponadto wykonawcy ci (konsorcjum ATM i konsorcjum ComArch) uzyskali zobowiązania do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia od wykonawców, którzy nie wykonywali usług wskazanych w referencjach lecz od wykonawców którzy „pośredniczyli” w przekazaniu tych referencji, a co wynika z rozeznania rynku przez Odwołującego.

Odnosnie wniosku konsorcjum ComArch podniósł także, iż wykonawca ten nie przedłożył dowodu opłacenia polisy.

Pismem z dnia 25 lutego 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Exatel., konsorcjum ATM i konsorcjum ComArch otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 28 lutego 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Exatel przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 28 lutego 2011 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum ComArch przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 28 lutego 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ATM przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 4 marca 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, oświadczając iż uwzględni odwołanie w całości

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, złożone wnioski, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie:

**Zarzut, dotyczący braku umocowania do działania w imieniu konsorcjum ATM, jak również tego, iż wniosek złożył wykonawca ATM S.A., a nie konsorcjum ATM, nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż konsorcjum ATM w załączeniu do wniosku złożyło m.in. następujące dokumenty:

- wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym (str. 1-3 wniosku) w miejscu „nazwa i adres wykonawcy” wskazano „ATM S.A., ul. Grochowska 21, 04-186 Warszawa”, w treści którego wskazano m.in., iż załącznikami do wniosku są: oświadczenie konsorcjum, pełnomocnictwo konsorcjum, oświadczenie członka konsorcjum, itp.,
- oświadczenie konsorcjum (str. 4 wniosku), w treści którego (w lewym górnym rogu) wskazano „ATM S.A., ul. Grochowska 21, 04-186 Warszawa; Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych, ul. Księcia Bolesława 6, 01-494 Warszawa”,

- pełnomocnictwa z dnia 16 grudnia 2010 r. udzielone przez ATM S.A. i Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych na rzecz ATM S.A. do reprezentowania wspólnie występujących wykonawców (str. 5 - 8 wniosku),
- oświadczenie członka konsorcjum (ATM) (str. 9 – 10 wniosku),
- oświadczenie członka konsorcjum (Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych) (str. 11- 12 wniosku),
- pełnomocnictwo udzielone przez ATM S.A. na rzecz Pani Beaty Z (str. 38 wniosku).

Odwołujący podniósł, iż z treści wniosku ATM S.A. nie wynika jednoznacznie wola wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców ATM S.A. i Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych, gdyż nie stwierdzono w nim, iż jest on składany w imieniu obu tych wykonawców, a jedynie w imieniu ATM. A ponadto osoba podpisująca wniosek, tj. Pani Beata Z legitymuje się pełnomocnictwem do działania jedynie w imieniu i na rzecz ATM.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z analizy treści wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym (str. 1-3 wniosku) wynika, iż przedmiotowy wniosek składa „ATM S.A., ul. Grochowska 21, 04-186 Warszawa”, działając jako lider konsorcjum. Mimo, że w miejscu „nazwa i adres wykonawcy” wskazano wyłącznie „ATM S.A., ul. Grochowska 21, 04-186 Warszawa”, w treści wniosku, na pierwszej jego stronie, wyspecyfikowano załączniki do przedmiotowego wniosku, w tym oświadczenie konsorcjum, pełnomocnictwo konsorcjum, oświadczenie członka konsorcjum, itp., załączając jednocześnie stosowne pełnomocnictwa, w tym pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum oraz pełnomocnika. Z udzielonych i załączonych do wniosku pełnomocnictw wynika jednoznacznie, iż liderem konsorcjum jest ATM S.A. i to właśnie lider dokonuje wszelkich czynności faktycznych i prawnych. W związku z powyższym nie można czynić konsorcjum ATM zarzutu z tytułu tego, iż w formularzu ofertowym w miejscu „nazwa i adres wykonawcy” nie wpisano nazw wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, to jest ATM S.A. i Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych, a wpisano jedynie lidera konsorcjum oraz pełnomocnika ATM. Żaden przepis prawa nie zobowiązuje bowiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wpisywania w formularzu, w tym przypadku formularzu wniosku w miejsce „nazwa i adres wykonawcy” wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Skoro do wniosku zostało załączone pełnomocnictwo wynikające z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp to za wystarczające należy uznać wpisanie w formularzu wniosku nazwy lidera konsorcjum oraz pełnomocnika (ATM S.A.) w miejsce wykonawcy, gdyż faktycznie działa on jako lider konsorcjum oraz jego pełnomocnik, a potwierdza to nie tylko treść formularza wniosku, ale i załączone do niego dokumenty.

Niewątpliwym jest, iż art. 23 ust 2 ustawy Pzp nakłada na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek ustanowienia

pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnikiem podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może być jeden z członków konsorcjum.

W niniejszym stanie faktycznym w dniu 16 grudnia 2010 r. wykonawcy, tj. ATM S.A. i Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych, ubiegający się wspólnie o udzielenie wskazanego w jego treści zamówienia publicznego (..) ustanowili ATM S.A. z siedzibą w Warszawie „liderem konsorcjum oraz pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”, udzielając ATM S.A. pełnomocnictwa do reprezentowania wspólnie występujących wykonawców, jak również każdego z nich z osobna oraz do zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania”. Pełnomocnictwo to, w szczególności obejmowało umocowanie do „podpisania i złożenia za i w imieniu wszystkich wykonawców wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym wraz z dokumentami w nim zawartymi lub do niego załączonymi”. W pełnomocnictwie tym członkowie konsorcjum, a więc ATM S.A. i Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych upoważnili także ATM S.A. działającego jako lider konsorcjum oraz pełnomocnik, do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Do wniosku załączono także, kwestionowane przez Odwołującego, pełnomocnictwo udzielone przez lidera konsorcjum oraz pełnomocnika ATM S.A., zgodnie z reprezentacją lidera ujawnioną w jego KRS, Pani Beacie Z (str. 38 wniosku). Zgodnie z tym pełnomocnictwem lider konsorcjum oraz pełnomocnik, tj. ATM S.A. upoważnił Panią Beatę Zyskowską „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na globalną sieć teleinformatyczną MSZ z usługą transmisji danych, głosu i obrazu” do „występowania w imieniu wykonawcy w postępowaniu (...)", m.in. do „podpisania i złożenia za i w imieniu wykonawcy wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym wraz z załącznikami (...)”. A ponieważ treść powyższego pełnomocnictwa, obejmującego umocowanie do złożenia wniosku należy tłumaczyć, biorąc pod uwagę całość okoliczności w jakich zostało ono udzielone, a jego zakres odnieść do konkretnego kontekstu sytuacyjnego, należy stwierdzić iż Pani Beata Z, składając wniosek działała w imieniu i na rzecz całego konsorcjum. Z treści pełnomocnictwa udzielonego dla Pani Beaty Z wynika bowiem, że upoważnia ono pełnomocnika (Panią Beatę Z) do działania w tym konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne, które wprost z nazwy zostało w treści pełnomocnictwa wskazane i w którym zawiązано konsorcjum, celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo to określa także rodzaj i zakres czynności, do których upoważniony jest pełnomocnik. Tym samym stwierdzić należy, iż wolą i intencją mocodawcy, tj. lidera konsorcjum (ATM S.A.) było umocowanie do działania Pani Beaty Z w imieniu i na rzecz całego konsorcjum, a nie wyłącznie lidera konsorcjum (ATM S.A.). Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut, dotyczący braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt III.2.2)  
c) ogłoszenia przez konsorcjum ATM, nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w sekcji III ogłoszenia pkt III.2.2) „Zdolność ekonomiczna i finansowa”, litera c) postawił warunek, iż wykonawca zobowiązany jest przedstawić „opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Konsorcjum ATM w załączeniu do złożonego wniosku przedłożyło „Polisę nr 908200001337” (str. 41044 wniosku) z dnia „29 października 2010 r.”, a następnie w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień oświadczyło, iż przedmiotowa polisa została opłacona, na dowód czego przedłożył potwierdzenie dokonania przelewu tytułem uiszczenia składki w związku z zawarciem umów ubezpieczenia, których dowodem jest m.in. powołana wyżej polisa.

Odwołujący podniósł, iż polisa ubezpieczeniowa złożona przez konsorcjum ATM nie spełnia wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, jak i rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdyż wprowadza ona terytorialne zawężenie odpowiedzialności cywilnej, poprzez wyłączenie z jej zakresu USA, Kanady oraz Australii.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Polisa jest dokumentem żądanym przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie na potwierdzenie spełnienia opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Tak więc ubezpieczenie wynikające z polisy jakie wykonawca zobowiązany jest przedstawić na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi być tożsame z ubezpieczeniem jakie będzie wykonawca posiadał w momencie wykonywania zamówienia. Żądanie przedłożenia polisy jest bowiem ograniczone do posiadania ubezpieczenia aktualnego na dzień składania wniosków. Natomiast polisa obejmująca cały okres wykonywania zamówienia może być żądana, a tym samym obejmująca cały przedmiot realizowanego zamówienia, dopiero po dokonaniu wyboru wykonawcy, który będzie to zamówienie wykonywał. Oznacza to więc, iż polisa składana na tym etapie postępowania, a więc na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma na celu tylko i wyłącznie ocenę sytuacji ekonomicznej i finansowej potencjalnego wykonawcy (uzyskanie wiedzy o jego sytuacji ekonomicznej i finansowej), a nie ubezpieczenie przedmiotu zamówienia, aby Zamawiający mógł oczekiwać wykonania zamówienia przez wykonawcę z należytą starannością. Tym samym stwierdzić należy, iż polisa załączona przez konsorcjum

ATM potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

**Zarzut braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum ATM i konsorcjum ComArch na skutek nieprzedłożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez wszystkich członków konsorcjum nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż w treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczone zostały m.in. następujące postanowienia:

„III.2) WARUNKI UDZIAŁU

III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców (...)

4. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt III.2.1)1., Wykonawcy są zobowiązani przedstawić oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, określonych w art. 22 ust. 1 ustawy zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 2 do ogłoszenia (dla wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie załącznik nr 2a), a także zezwolenie, o którym mowa w pkt III.2.1) pkt 2 i świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego drugiego stopnia, o którym mowa w pkt III.2.1) pkt 3 złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem;

(...)

7. W przypadku wniosku składanego przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia dokumenty wymienione w pkt III.2.1)5. składa każdy z Wykonawców oddzielnie. Pozostałe dokumenty mogą być przedstawione przez jednego wykonawcę lub wspólnie, z zastrzeżeniem pkt III.2.1)10.

(...)

10. W przypadku wykonawców występujących wspólnie na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy mogą oni wspólnie spełniać warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jednocześnie każdy z wykonawców musi samodzielnie wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. (...).”

Konsorcjum ATM w załączeniu do wniosku złożyło świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia nr SBPK001006T wystawione dla ATM S.A. (str. 16 wniosku), będącego w niniejszym postępowaniu liderem konsorcjum ATM .

Konsorcjum ComArch w załączeniu do wniosku złożyło świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia nr SBPK001705T wystawione dla DECSOFT S.A. (str. 87 wniosku), będącego w niniejszym postępowaniu członkiem konsorcjum ComArch.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wykonawcy – zgodnie z art. 23 ustawy Pzp – mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego i w takim przypadku, w stosunku do żadnego z wykonawców, którzy

wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, nie mogą zachodzić przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Takie postanowienie zostało także zawarte w treści ogłoszenia, w którym jednoznacznie wskazano, iż każdy z wykonawców musi samodzielnie wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, a więc zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni spełniać łącznie, co zresztą znalazło odzwierciedlenie w sekcji III, pkt III.2.1), ppkt 10 ogłoszenia. Zamawiający żądał złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, jak wynika jednoznacznie z treści ogłoszenia (pkt III.2.1) ppkt 4 ogłoszenia), na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro więc dokument ten był składany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oznacza to, że dla jego spełnienia (tego warunku) wystarczającym było złożenie takiego dokumentu wystawionego na rzecz chociażby jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, co słusznie podniósł Przystępujący ComArch, że Zamawiający w treści ogłoszenia wskazał także jakie to dokumenty winny być złożone oddzielnie przez każdego wykonawców (pkt III.2.1)5 i III.2.1)10) i świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego nie zostało jako taki dokument wymienione. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten, zarówno w stosunku do konsorcjum ATM, jak i konsorcjum ComArch nie potwierdził się.

**Zarzut dotyczący nieuprawnionej „transmisji zasobów (referencji)” na rzecz konsorcjum ATM i konsorcjum ComArch nie potwierdził się.**

Odwołujący zarzucił konsorcjum ATM i konsorcjum ComArch, iż załączone do ich wniosków referencje pochodzą od podmiotów, które nie wykonywały usług wskazanych w tych referencjach, a mimo to zobowiązały się do udostępnienia tych zasobów na rzecz konsorcjum ATM i konsorcjum ComArch. Niemniej jednak ta część wniosku obydwu wykonawców została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, zasadności której to czynności Odwołujący nie kwestionował. Taką ewentualność (odtajnienia tych dokumentów, których Odwołujący nie sprecyzował) zgłaszał na rozprawie Przystępujący Exatel, jednakże także bliżej ich (zarzutów Odwołującego) nie precyzując.

Zdaniem Izby, zarzuty Odwołującego to jedynie niczym nieuzasadnione przypuszczenia i domniemania, odnoszące się do bliżej nieokreślonych działań grup kapitałowych funkcjonujących na rynku. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych dowodów na potwierdzenie stawianych tez. Nie potrafił także wskazać o jakie firmy, czy też grupy kapitałowe chodzi, przerzucając ciężar dowodu w sposób nieuprawniony na Izbę. W tym miejscu należy więc wskazać – zgodnie z art. 6 k.c. – iż ciężar dowodu spoczywa na

osobie, która z danego faktu wywodzi określone skutki prawne, w niniejszym stanie faktycznym ciężar dowodu spoczywa więc na Odwołującym, a takich dowodów Odwołujący nie przedstawił.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut, dotyczący braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt III.2.2) c) ogłoszenia przez konsorcjum ComArch, nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w sekcji III ogłoszenia pkt III.2.2) „Zdolność ekonomiczna i finansowa”, litera c) postawił warunek, iż wykonawca zobowiązany jest przedstawić „opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Konsorcjum ComArch w załączeniu do złożonego wniosku przedłożyło „Certyfikat ubezpieczeniowy nr 4A do polisy nr 174004” (str. 77-79 wniosku) z dnia „04.05.2010 r.”, w treści którego (pkt 5) jako sumę ubezpieczenia wskazano „20.000.000,- PLN”.

Odwołujący podniósł, iż z przedłożonego dokumentu (certyfikatu polisy) nie wynika opłacenie składki.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła co następuje:

Zgodnie z treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów (§1 ust. 1 pkt 10) w celu potwierdzenia spełnienia warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia zamawiający może żądać „opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Polisa jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczeniowej, który jest wystawiony przez zakład ubezpieczeń. Certyfikat ubezpieczeniowy, podobnie jak polisa, jest także dokumentem czy też zaświadczeniem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, wystawionym również przez zakład ubezpieczeń. Certyfikat jest więc „innym dokumentem” w rozumieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów, potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. A ponieważ certyfikat nie określa wysokości, ani terminów płatności składki ubezpieczeniowej oznacza to, iż istotnie – jak podnosił Przystępujący Comarch - ma on charakter bezwarunkowy. Nadto należy zauważyć, iż literalne brzmienie powołanego przepisu wskazuje na możliwość żądania przez Zamawiającego przedłożenia przez wykonawców „opłaconej polisy” lub „innego dokumentu”, nie dopuszczając jednocześnie możliwości żądania dodatkowych dokumentów, potwierdzających okoliczność opłacenia składki. Niemniej jednak rozporządzenie w sprawie dokumentów, wskazując na konieczność

żądania złożenia „opłaconej polisy” nie stawia takiego żądania w stosunku do „innych dokumentów”. Ten „inny dokument” ma więc potwierdzać fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a co stanowi wyłącznie dowód spełnienia znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia. Tak więc, ten „inny dokument”, w niniejszym stanie faktycznym, niewątpliwie potwierdza fakt posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia związanego z prowadzoną przez niego działalnością i posiadania mienia wykorzystywanego w tej działalności. Przedłożony certyfikat odwołuje się w swej treści do „Polisy ubezpieczeniowej Nr 174004”, potwierdzając fakt bezwarunkowego ubezpieczenia, a okoliczność tę (bezwarunkowość oraz fakt wystawienia certyfikatu na skutek opłacenia składki) dodatkowo potwierdza złożone na rozprawie przez Przystępującego ComArch, niejako z ostrożności procesowej, potwierdzenie przelewu składki ubezpieczeniowej (dokonane w dniu „02.02.2010”). Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty złożone na rozprawie przez Przystępujących ATM i ComArch, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego ATM w wysokości 3 600,00 zł i pełnomocnika Przystępującego ComArch oraz ograniczające je (w stosunku do Przystępującego ComArch) do wysokości 3 600,00 zł., stosownie do faktur złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....