

Sygn. akt: KIO 679/12

KIO 700/12

Odpis wyroku

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 kwietnia 2012 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **6 kwietnia 2012 r.** przez wykonawcę **Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania**, adres do korespondencji **ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków**, (sygn. akt KIO 679/12),
- B. w dniu **10 kwietnia 2012 r.** przez wykonawcę **Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Warszawie ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** (sygn. akt KIO 700/12),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Warszawski Dział Zamówień Publicznych ul. Krakowskie Przedmieście 26/28 00-927 Warszawa**, przy udziale:

- A. wykonawcy **Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania**, adres do korespondencji **ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 700/12, po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Warszawie ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 679/12 - po stronie zamawiającego,

orzeka:

A. 1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy **Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania**, adres do korespondencji **ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków**, (sygn. akt KIO 679/12), oraz nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Skanska S.A.**,
- 1.2. dokonanie wezwania wykonawcy **Aldesa Construcciones S.A.** do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, z wyszczególnieniem w wezwaniu wszystkich braków i nieprawidłowości złożonych zaświadczeń, jakie zamawiający przyjął za podstawę wykluczenia tego wykonawcy.
- 1.3. powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Uniwersytet Warszawski ul. Krakowskie Przedmieście 26/28 00-927 Warszawa**, (KIO 679/12),

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania**, adres do korespondencji **ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Uniwersytetu Warszawskiego ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa**, na rzecz wykonawcy **Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania**, adres do korespondencji **ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków**, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

B. 1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy: **Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Warszawie ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** (sygn. akt KIO 700/12) i nakazuje zamawiającemu,

- 1.1. dokonanie odtajnienia wykazu doświadczenia zawodowego jak również wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie, przedłożonych w ofercie wykonawcy **Aldesa**

Construcciones S.A. wraz z dokumentami towarzyszącymi i uzupełnionymi w tym zakresie, na wezwanie zamawiającego.

2. Kosztami postępowania w sprawie sygn. akt **KIO 700/12** obciąża przystępującego wykonawcę **Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania, adres do korespondencji ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Warszawie ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od przystępującego wykonawcę **Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania, adres do korespondencji ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków,** na rzecz wykonawcy **Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Warszawie ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa (sygn. akt KIO 700/12),** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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:.....



Na oryginalnym dokumencie podpisano:

Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Sygn. akt: KIO 679/12

Sygn. akt: KIO 700/12

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy II etapu obiektu naukowo-badawczego UW CENT III przewidzianego do realizacji w ramach projektu pn. „Centrum Nauk Biologiczno-chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III) w rejonie ulicy Miecznikowa i Żwirki i Wigury w Warszawie”, ogłoszonym w dniu 14 stycznia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2012/S 9-013257), zostały wniesione następujące odwołania:

A. w dniu 6 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie - sygn. akt KIO 679/12 (dalej zwany także Aldesa), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

B. w dniu 10 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Warszawie - sygn. akt KIO 700/12 (dalej zwany także Skanska), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie w dniu 30 marca 2012 r. za pośrednictwem faksu o wyborze najkorzystniejszej oferty – wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz o wykluczeniu wykonawcy Aldesa Construcciones S.A. i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności, zarzucili zamawiającemu Uniwersytetowi Warszawskiemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Sygn. akt: KIO 679/12

Odwołujący Aldesa Construcciones S.A. złożył odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania oraz uznaniu złożonej oferty za odrzuconą, oraz od zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezasadne wykluczenie go z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, a także

2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zachowujący równego traktowania wykonawców, utrudniający uczciwą konkurencję.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności oceny spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania ubezpieczenia OC, uznania, że wykazał on spełnianie tego warunku,
- 2) oraz nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ wykonawca, zobowiązany był wykazać, iż:

- jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN (lub równowartość tej kwoty, według średniego kursu NBP z dnia 2 lutego 2012 r.). - § 3 pkt 3.4.2. SIWZ. Średni kurs euro NBP z tego dnia to 4,1995, tym samym w przypadku ubezpieczenia w euro wymaganie opiewało na kwotę poniżej 24 milionów euro.
- na potwierdzenie spełniania ww. wymagania, zamawiający oczekiwał, iż wykonawcy złożą: opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN. - § 4 pkt 1.4.2. SIWZ.

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący, jak utrzymywał - przekazał zamawiającemu - w wymaganej prawem formie i terminie Zaświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International wraz z tłumaczeniem.

Jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, ww. Zaświadczenie według zamawiającego - nie potwierdza spełniania określonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu. Z taką oceną odwołujący się nie zgodził. Na wstępie zwrócił uwagę, że celem zakwestionowanego przez zamawiającego Zaświadczenia Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International jest wyłącznie potwierdzenie, że jako wykonawca - spełniał on postawiony warunek, tj. że na dzień składania ofert tj. 29 lutego 2012 roku był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN (lub równowartość tej kwoty,

według średniego kursu NBP z dnia 2 lutego 2012 r.).

W ocenie odwołującego, zamawiający nie może wymagać i wyciągać negatywnych dla uczestnika przetargu konsekwencji z faktu, że przedłożony dokument nie zawiera informacji czy treści, które są irrelewantne z punktu widzenia oceny spełniania stawianego wymagania. W przeświadczeniu odwołującego, wykazanie spełnienia lub nie spełnienia warunku może być oceniane tylko przez pryzmat zapisów SIWZ, a nie niewyrażonych w niej intencji zamawiającego. Zaznaczał, że zasady oceny spełniania warunków nie mogą być zmienione po upływie terminu składania ofert. Odwołujący przytoczył tezę orzeczenia KIO z dnia 9 marca 2011 r. o sygn. akt: KIO 396/11: *„Polisa jest dokumentem żądanym przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie na potwierdzenie spełniania 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.)*.

Odwołujący wyjaśniał, że przedstawione przez niego jako wykonawcę Zaświadczenie wskazuje, iż:

- Aldesa Construcciones S.A jest podmiotem ubezpieczonym tj. posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej,
- ubezpieczenie jest aktualne i opłacone od 27.02.2012 r. co najmniej do dnia 16 marca 2012 roku, gdyż tego dnia podpisano przedmiotowe zaświadczenie,
- całkowita kwota ubezpieczenia to 25 mln euro (Polisa obejmuje „Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (...), przy całkowitej kwocie 25.000.000 euro),
- ubezpieczenie dotyczy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, przy czym zakład ubezpieczeń przytoczył dodatkowo nazwę zamówienia, którego dotyczy postępowanie.

Zdaniem odwołującego, opisany wyżej dokument w sposób wyraźny i kompletny potwierdza spełnianie postawionego przez zamawiającego warunku - a zatem decyzja o wykluczeniu nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy.

Odnosząc się do każdego z twierdzeń zamawiającego, (pkt 4-9 uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu w piśmie zamawiającego z dnia 30 marca 2012 roku), odwołujący wyjaśniał, co następuje.

Ad. pkt 4.

„Zamawiający zarzucił, iż Wykonawca nie przedłożył innych niż „Zaświadczenie”, dodatkowych dokumentów świadczących o:

- faktycznym zakresie ubezpieczenia oraz
- opłaceniu należnej składki.

Ww. zarzut uznał odwołujący za chybiony, gdyż przedłożony zamawiającemu dokument zawiera informacje o zakresie ubezpieczenia w kontekście postawionego w SIWZ wymagania tj. wskazuje, że posiadane przez Aldesa ubezpieczenie dotyczy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez Aldesa działalności związanej z przedmiotem zamówienia (przy czym zakład ubezpieczeń przytoczył dodatkowo nazwę zamówienia, którego dotyczy postępowanie). Zatem nie zgodził się ze stanowiskiem „o niezgodności zakresu posiadanego przez Aldesę ubezpieczenia z wymaganiem Zamawiającego.”

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na fakt, że zamawiający sformułował przedmiotowy warunek w sposób ogólny, typowy w zamówieniach publicznych, gdyż wynikający z § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku 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), tj. wymagał by ubezpieczenie dotyczyło odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zdaniem odwołującego - ta okoliczność została w sposób wyraźny potwierdzona przedłożonym przez Aldesę - w wyniku wezwania o uzupełnienie dokumentu - wyjaśnieniem.

Jednocześnie z żadnego zapisu SIWZ, czy nawet wezwania do uzupełnienia nie wynika, że zamawiający oczekiwał od wykonawców dokumentu potwierdzającego szczegółowy, czy też „faktyczny zakres ubezpieczenia”.

Za niezrozumiały poczytał odwołujący zarzut - nie załączenia innych dokumentów świadczących o opłaceniu należnej składki. Jak wynika z Zaświadczenia Aldesa: „...posiada aktualną i opłaconą od 27.02.2012 polisę od odpowiedzialności cywilnej...” Wymaganie, aby odwołujący złożył inne dokumenty potwierdzające opłacenie składki, byłoby zasadne tylko w przypadku, gdyby fakt ten nie wynikał z załączonego już dokumentu. Brak jest uzasadnienia dla żądania potwierdzenia tej samej okoliczności za pomocą więcej niż jednego dokumentu.

Odwołujący przytoczył dalsze orzeczenie KIO z dnia 9 marca 2011 r. o sygn. akt: KIO 396/11, w którym Izba odnosząc się do faktu nie dołączenia przez wykonawcę do certyfikatu ubezpieczenia dokumentu potwierdzającego opłacenie składki wskazała: *„Nadto należy zauważyć, iż literalne brzmienie powołanego przepisu [(§1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia w sprawie dokumentów - przypis Aldesa] 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.”* Odwołujący skomentował, że zdaniem Izby - wystarczające jest, iż certyfikat nie określa wysokości, ani terminów płatności składki ubezpieczeniowej - co oznacza, że ma on charakter bezwarunkowy.

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego, który podnosił, iż z Zaświadczenia wynika, że „jeden zakład ubezpieczeń zaświadcza o ubezpieczeniu zawartym w drugim zakładzie ubezpieczeń (Kompania Groupama Seguros S.A.). Zakład Ubezpieczeń nie określa również w zaświadczeniu istotnego elementu ubezpieczenia, tj. czy jest to ubezpieczenie nadwyżkowe w stosunku do polisy podstawowej,” odwołujący wskazywał, że w Zaświadczeniu ubezpieczyciel (HDI) określił sumę gwarancyjną na kwotę 25.000.000 euro jako górną granicę swojej odpowiedzialności („Oświadcza się, że polisa obejmuje Ubezpieczenie od Odpowiedzialności Cywilnej ... przy całkowitej kwocie 25.000.000.”). Suma gwarancyjna wykazana w dokumencie ubezpieczenia spełnia wymogi określone przez zamawiającego. Kwoty 19.000.000 euro i 6.000.000 euro, potwierdzają pozostałe warunki umowy ubezpieczenia, których podania zamawiający nie wymagał, i które jednocześnie nie stoją w sprzeczności z jego wymaganiami. Jest sprawą ubezpieczyciela, czy gwarantuje on sobie wypłatę ubezpieczenia poprzez umowę z innym ubezpieczycielem np. w ramach koasekuracji, czy też uwzględnia w umowie z ubezpieczonym fakt, iż ten ma zawarte również inne umowy ubezpieczenia z innym zakładem ubezpieczeń. Odwołujący podsumował, że w świetle regulacji Pzp, wymagań SIWZ, a także celów procedury zamówieniowej istotne jest, iż zakład ubezpieczeń potwierdza, iż Aldesa ma ubezpieczenie OC a suma gwarancyjna jest większa niż 100.000.000,00 PLN/24.000.000,00 euro.

Odwołujący kwestionował stanowisko zamawiającego, iż zaświadczenie „nie określa (...) istotnego elementu ubezpieczenia tj. czy jest to ubezpieczenie nadwyżkowe w stosunku do polisy podstawowej.” Odwołujący zaznaczał, że zamawiający sformułował warunki dotyczące ubezpieczenia wyłącznie w odniesieniu do: wysokości sumy gwarancyjnej, faktu opłacenia składki i zakresu ochrony. Podniesienie przez zamawiającego faktu, że posiadana przez wykonawcę polisa, może być polisą nadwyżkową – uznał za niezasadne, gdyż z treści określonego w SIWZ warunku nie wynika zakaz posługiwania się taką polisą (zakaz taki należałoby zresztą uznać za nielegalny, ograniczający uczciwą konkurencję, sprzeczny z celem wymagania posiadania ubezpieczenia).

Ad. pkt 5) i 6)

Odwołujący podważał twierdzenia zamawiającego, wedle których przedstawione Zaświadczenie nie jest właściwe, gdyż nie stanowi ono „polisy”, lecz inny dokument ubezpieczenia. Z argumentacją zamawiającego przedstawioną w pkt 5) uzasadnienia wykluczenia, odwołujący nie zgodził się, gdyż przede wszystkim odbiega ona od celu, jakemu służyć ma składanie dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - a celem tym jest wyłącznie potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Nie jest więc istotna nazwa dokumentu (polisa, certyfikat, czy też

zaświadczenie), ale wartość merytoryczna, jaką za sobą niesie. Trudno przyjąć, że wykonawca ma złożyć „polisę” nawet jeśli treść tego dokumentu nie zawiera informacji niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunku, a nie może złożyć zaświadczenia zakładu ubezpieczeń, które odnosi się do wszystkich części składowych postawionego warunku. Wystawianie przez ubezpieczycieli certyfikatów, zaświadczeń lub dokumentów o podobnej nazwie na poświadczenie zawarcia umowy ubezpieczenia jest powszechnie stosowaną praktyką. W certyfikacie/zaświadczeniu potwierdzane są wybrane szczegóły dotyczące ustaleń pomiędzy stronami umowy ubezpieczenia, tj.: ubezpieczający, przedmiot i zakres udzielnej ochrony, suma gwarancyjna, fakt zapłacenia składki.

Po raz kolejny odwołujący powoływał się na okoliczność, że przedłożył Zaświadczenie wystawione przez HDI Hannover International (Spania) Seguros y Reaseguros S.A., na podstawie którego ubezpieczyciel potwierdza, że Aldesa Construcciones S.A. posiada umowę ubezpieczenia (jest ubezpieczony), obejmującą odpowiedzialność cywilną związaną z prowadzoną przez niego działalnością. Dokument wskazuje również, że ubezpieczenie jest aktualne i zostało opłacone - zatem odpowiada warunkom postawionym przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający całkowicie pominął w swej argumentacji fakt, że ma do czynienia z wykonawcą zagranicznym, działającym w innym reżimie prawnym i innej kulturze prawnej. Z tego powodu treść i nazwa przedkładanych przezeń dokumentów może różnić się od dokumentów przedstawianych standardowo przez wykonawców krajowych. O ile dokumenty te odpowiadają wymaganiom SIWZ i potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie może z faktu „inności” dokumentu wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. W przeciwnym razie, w ocenie odwołującego, zamawiający narusza uregulowane w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp reguły uczciwej konkurencji, wynikające z prawa wspólnotowego.

Na marginesie wspomniał, że naruszanie tych zasad w projekcie, który jest współfinansowany ze środków pochodzących z Unii Europejskiej grozi zamawiającemu nałożeniem nań korekt finansowych. Powoływał się, na okoliczność, że w sprawie składania przez wykonawców, w szczególności zagranicznych, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących ubezpieczenia OC, dokumentów innych niż „polisy” wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lipca 2011 roku o sygn. akt: KIO 1306/11: *„Dodatkowo na rozprawie dopiero Odwołujący podnosił także, nie formułując tego zarzutu w odwołaniu, że przedłożony w tym zakresie dokument, który nie jest polisą, nie spełnia wymogów rozporządzenia w sprawie dokumentów. (...) Izba zwraca uwagę na treść § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który wymaga od wykonawców przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w*

zakresie prowadzonej działalności. Przedłożony dokument - zaświadczenie o ubezpieczeniu potwierdza określone wymagane ubezpieczenie, a to, że nie jest to wprost z nazwy polisa, nie może tego dokumentu dyskwalifikować w szczególności, że mamy do czynienia z dokumentem zagranicznym (wystawiony w Anglii) oraz z uwagi na to, że przywołany przepis rozporządzenia, także wskazuje na możliwość przedłożenia innego dokumentu poza polisą, a wystarczającym w tym względzie jest to, że dokument ów będzie potwierdzał ubezpieczenie, co w niniejszym przypadku ma miejsce (...). Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła jednak, że we wniosku Konsorcjum Scott Wilson (str. 278-285) znajdują się dwa dokumenty wraz z tłumaczeniami, tj. Potwierdzenie Ubezpieczenia oraz Certyfikat ubezpieczeniowy dla Scott Wilson Group Plc wraz ze spółkami zależnymi i stowarzyszonymi. Powyższe dokumenty są wystarczające dla potwierdzenia posiadania ubezpieczenia, zgodnie z wymogami rozporządzenia w sprawie dokumentów. W tym zakresie Izba może jedynie podtrzymać swoje stanowisko wyrażone powyżej co do analogicznej kwestii rozstrzygniętej co do wniosku Amec."

Powyższe orzeczenie, odnoszące się do dwóch różnych wykonawców zagranicznych, którzy przedstawili dokumenty inne niż „polisy”, w ocenie odwołującego, wskazuje na interpretację przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów w tym zakresie.

Orzecznictwo Izby potwierdza możliwość legitymowania się dokumentem innym niż „polisa” również przez wykonawców krajowych. W orzeczeniu z dnia 9 marca 2011 r. o sygn. akt: KIO 396/11 Izba wskazała: „Zgodnie z treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 1 pkt 10) (...) 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.”

Ad. pkt 7)

Zamawiający zarzucał, że z Zaświadczenia nie wynika, że „pierwsza polisa (na 6.000.000,00 euro ...) jest opłacona. Twierdzenie to uznał odwołujący za oderwane od treści przedstawionego dokumentu, z którego wynika, iż: „ALDESA ...posiada aktualną i opłaconą od 27.02.2012 roku polisę – „Oświadczają, że polisa obejmuje Ubezpieczenie... przy

całkowitej kwocie do 25.000.000." Tym samym zakład ubezpieczeń złożył oświadczenie, że polisa, na sumę gwarancyjną do 25.000.000 euro została opłacona. Odwołujący przekonywał, że z żadnego fragmentu Zaświadczenia nie można wysnuć wniosku, iż fakt opłacenia - dotyczy jednej z dwóch polis posiadanych przez ubezpieczonego. Zdaniem odwołującego - orzecznictwo wskazuje, że obowiązek potwierdzenia faktu opłacenia składki ubezpieczeniowej dotyczy tylko sytuacji, gdy wykonawca przedstawia „polisę” - a nie „inny dokument” potwierdzający ubezpieczenie. W orzeczeniu z dnia 9 marca 2011 r. o sygn. akt: KIO 396/11 Izba uzasadniła: *„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....”*

Ad. pkt 8)

Zamawiający zarzucał, że nie jest „określony okres ubezpieczenia obydwu polis”. Tymczasem obowiązek określenia takiego okresu, nie wynika z SIWZ ani nawet z wezwania o uzupełnienie. Aldesa zobowiązana była wykazać, że posiada ubezpieczenie, ważne i opłacone na dzień składania ofert, tj. 29.02.2012 r. Przedstawiony dokument potwierdza tą okoliczność stanowiąc, że Aldesa posiada aktualną i opłaconą od 27.02.2012 r. polisę. Biorąc pod uwagę, że dokument został wystawiony w dniu 16 marca 2012 roku, to nie sposób stwierdzić, że w dniu 29.02.2012 roku Aldesa nie legitymowała się aktualną i opłaconą polisą. W opinii odwołującego, podanie lub nie, w złożonym dokumencie okresu ubezpieczenia - jest bez znaczenia z punktu widzenia oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z orzeczenia KIO z dnia 9 marca 2011 r. sygn. akt: KIO 396/11: *„Polisa jest dokumentem żądanym przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie na potwierdzenie spełniania opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu (...). Żądanie przedłożenia polisy jest bowiem ograniczone do posiadania ubezpieczenia aktualnego na dzień składania wniosków.”* Wskazać dodatkowo należy, że wymaganie posiadania polisy obejmującej dłuższy, oznaczony przez Zamawiającego okres byłoby wymaganiem niezgodnym z ustawą Pzp. Potwierdza to orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11, w którym Izba stanęła na stanowisku, iż *„Wymaganie przedłożenia polisy OC na cały okres realizacji zamówienia, jako podstawy dla weryfikacji warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej wykracza poza dyspozycję art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz*

§ 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, co skutkuje tym, że może być kwalifikowane jako wymóg nadmierny i naruszający uczciwą konkurencję."

Ad. pkt 9)

Za pozbawioną znaczenia dla oceny spełniania warunku, odwołujący uznał również okoliczność podaną w pkt 9 uzasadnienia zamawiającego, dotyczącą oczywistej omyłki pisarskiej w tekście Zaświadczenia. Po pierwsze, dokument ubezpieczenia miał potwierdzać, że wykonawca ma ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, bez konieczności podania nazwy tego zamówienia (nazwy tej nie podał np. wykonawca Budimex S.A. i nie został z tego powodu wykluczony). Po drugie, w dalszej części podanej w Zaświadczeniu nazwy przedmiotu zamówienia jest przytoczona nazwa projektu, w ramach którego realizowane jest zamówienie, z odniesieniem do „Cent III”, nie ma więc żadnych wątpliwości, jakie postępowanie/zamówienie miał na myśli wystawca dokumentu. Dodatkowo, co najmniej w dacie wystawienia powyższego Zaświadczenia, zamawiający nie prowadził żadnego innego postępowania, do którego przedmiotu mogłaby odnosić się nazwa podana w wymienionym Zaświadczeniu.

Podsumowując, odwołujący przekonywał, że analiza przedstawionego dokumentu ubezpieczenia potwierdza spełnianie warunku postawionego przez zamawiającego, zatem nie było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący nie zaprzeczył stanowisku, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości wielokrotnego żądania uzupełnienia dokumentów, to jednak daje zamawiającemu możliwość wezwania o wyjaśnienie treści złożonego (również w wyniku uzupełnienia) dokumentu (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Z dyspozycji tego przepisu zamawiający nie skorzystał, podczas gdy z orzecznictwa wynika, że w sytuacji kiedy wątpliwości zamawiającego rzutować mogą na wynik postępowania, żądanie wyjaśnień jest jego obowiązkiem (np. wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 27/09 wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2009 r., Sygn. akt: KIO/UZP 5/09).

Odwołujący utrzymywał, że dokonując oceny spełniania przez Aldesa warunku dotyczącego ubezpieczenia, zamawiający w sposób oczywisty naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, jako naczelną zasadę systemu zamówień publicznych:

- po pierwsze, wykonawca Budimex S.A. również dołączył do oferty „Certyfikat ubezpieczenia” a nie „polisę” i okoliczność ta nie skutkowałą wykluczeniem go z postępowania (str. 93 i nast. oferty Budimex),
- po drugie „Certyfikat ubezpieczenia” Budimex S.A. wskazuje na udziały

koasekuracyjne innych towarzystw ubezpieczeniowych, a certyfikat podpisany jest tylko przez przedstawiciela Ergo Hestia S.A. i okoliczność ta nie skutkowałą wykluczeniem Budimex S.A. z postępowania,

- ani dokumenty odnoszące się do ubezpieczenia Skanska S.A., ani dotyczące Budimex S.A. nie wskazują, iż nie dotyczą one ubezpieczeń nadwyżkowych.

Z czego odwołujący wnioskował, że zamawiający oceniał dokumenty złożone przez wykonawców różną miarą, co jest zachowaniem nagannym i nie zasługuje na ochronę.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2012 r. za pośrednictwem faksu, w dniu 13 kwietnia 2012 r. zgłosił przystąpienie (w kopii przesłane stronom) - po stronie zamawiającego wybrany wykonawca Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Wyjaśniał, że dniu 29 lutego 2012 r. odbyło się otwarcie ofert. W wyniku badania ofert, zamawiający zwrócił się do odwołującego pismem z dnia 12 marca 2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty (w związku z postanowieniem, o którym mowa art. 4 § 3 ust. 3.4.2 SIWZ) o dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu (art. 4 § 4 ust. 1.4.2 SIWZ) tj. o opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN, wyznaczając odwołującemu termin na złożenie uzupełnienia do dnia 16 marca 2012 r. Odwołujący dnia 12 marca 2012 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie wyznaczonego terminu, a prośbę tą umotywował koniecznością pozyskania stosownych dokumentów. Zamawiający ustosunkował się do wniosku odwołującego i przedłużył termin na złożenie dokumentów - do dnia 19 marca 2012 r. Już z treści samego pisma odwołującego, o przedłużeniu terminu, przystępujący wnioskował, iż odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, bowiem prosił o dodatkowy czas na pozyskanie dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku. Za trafny uznał przystępujący pogląd zamawiającego, poparty tezą orzeczenia Sądu Okręgowego z dnia 5 października 2009 r. „...wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów, nie może być traktowany jako czas na podjęcie działań w celu pozyskania brakującego dokumentu. Dokument ten powinien być w posiadaniu wykonawcy najpóźniej w dacie upływu terminu do składania ofert.” Pomimo przedłużenia przez zamawiającego terminu na złożenie stosownego uzupełnienia, w ocenie przystępującego, odwołujący uzupełnił ofertę o dokument nie potwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu, wymagany przez zamawiającego w związku z rozporządzeniem z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, tj. na podstawie § 1 ust. 1

pkt. 10).

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Skanska S.A. do udziału w sprawie w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania, w trakcie rozprawy - podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w piśmie z dnia 30 marca 2012 r. powiadamiającym o wykluczeniu odwołującego Aldesa i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego Aldesa Construcciones S.A., pisma zamawiającego 12 marca 2012 r. do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, pisma z dnia 16 marca 2012 r. odwołującego z załącznikami, stanowiącego odpowiedź na wezwanie. Pisma z dnia 30 marca 2012 r. informującego o wyniku przetargu i o przyczynach wykluczenia odwołującego z przetargu. Opinię z dnia 17 kwietnia 2012 r. Biura Brokerów Ubezpieczeniowych Maksyma Fides sp. z o.o., Izba potraktowała jako stanowisko odwołującego Aldesa, w sprawie.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Postępowanie dotyczy „Wyboru Generalnego Wykonawcy dla budowy II etapu obiektu naukowo-badawczego UW CENT III przewidzianego do realizacji w ramach projektu pn. „Centrum Nauk Biologiczno-chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III)” w rejonie ulicy Miecznikowa i Żwirki i Wigury w Warszawie.”

Art. 4 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zawiera wykaz oświadczeń i/lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, wykaz oświadczeń i/lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz inne oświadczenia i dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

W § 3 Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia

tych warunków.

Pkt 3. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy, między innymi wykażą:
Pkt 3.4.2 w odniesieniu do sytuacji finansowej, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN (lub równowartość tej kwoty, według średniego kursu NBP z dnia 2 lutego 2012 r.

Pkt 1.4.2. - na potwierdzenie spełniania ww. wymagania, zamawiający wymagał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN." – (§ 4 pkt 1.4.2. SIWZ).

W § 4 pkt 3 SIWZ. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku.

W § 15 wzoru umowy Wykonawca zobowiązuje się posiadać następujące polisy ubezpieczeniowe:

- 1) polisę CAR, która obejmować będzie materialne szkody w budowie, wystawione na wartość nie mniejszą niż wartość Wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 Umowy. Taka polisa będzie ubezpieczać Wykonawcę i Zamawiającego od możliwych szkód materialnych, jakie mogą wystąpić w trakcie Robót, włączając na przykład ogień, kradzież, rabunek itp.
- 2) ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej dla Wykonawcy i Zamawiającego obejmujące szkody na osobie, materialne i niematerialne szkody wyrządzone osobom trzecim w trakcie realizacji Robót. Wartość polisy Odpowiedzialności Cywilnej osób trzecich będzie opiewać na sumę: 100.000.000 PLN.

Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć polisy, o których mowa w ust. 1, po uprzedniej akceptacji ich treści przez Zamawiającego, w terminie 30 dni kalendarzowych od daty zawarcia Umowy.

Polisy, o których mowa w ust. 1, będą zawierać zrzeczenie się przez ubezpieczyciela wszelkich ewentualnych roszczeń regresowych w stosunku do Zamawiającego, przedstawiciela Zamawiającego i ich pracowników oraz klauzulę stwierdzającą, że polisa nie może zostać rozwiązana bez uprzedniego pisemnego powiadomienia

Zamawiającego, z co najmniej jednomiesięcznym wypowiedzeniem.

Jeżeli Wykonawca nie będzie kontynuował ubezpieczeń o których mowa w ust. 1, Zamawiający ma prawo zawrzeć takie ubezpieczenie lub przedłużyć je we własnym imieniu na koszt Wykonawcy, potrącając ich koszt z bieżących płatności należnych Wykonawcy.

W odpowiedziach na pytania do SIWZ z dnia 15 lutego 2012 r. o treści: „Czy Zamawiający zaakceptuje przedstawienie przez Wykonawcę ogólnej polisy Odpowiedzialności Cywilnej w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą na sumę ubezpieczenia 100.000.000, zł?” Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Na wniosek zamawiającego, za pośrednictwem Ambasady Hiszpanii, zostały udzielone wyjaśnienia przez Garrigues Polska (...) sp. k. w odniesieniu do dokumentów wymaganych od wykonawcy hiszpańskiego w procedurze zamówień publicznych w Polsce, między innymi w odniesieniu do polisy OC. „Wykonawca przedstawia kopię ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Forma dokumentu: oryginał lub kopia poświadczona przez wykonawcę, tłumaczenie zwykłe na język polski. Data wystawienia: dokument ma być aktualny.”

Jako kryterium wyboru oferty została ustanowiona najniższa cena.

W dniu 29.02.2012 r. upływał termin składania ofert.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło 7 wykonawców.

Ofertę z najniższą ceną przedstawił odwołujący Aldesa - 65 637 453,25 PLN brutto.

Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Skanska S.A. z ceną kolejną, tj. 66 566 858,84 PLN brutto.

W dokumentacji oferty, odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN (lub równowartość tej kwoty, według średniego kursu NBP z dnia 2 lutego 2012 r. przedstawił zaświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International (Espana) Seguros y Reaseguros S.A. z siedzibą w Madrycie z dnia 28 lutego 2012 r. Zakład Ubezpieczeń wystawił Zaświadczenie, w którym zapewnia, że w wypadku pozyskania przez firmę Grupo Aldesa, S.A. o numerze CIF A-85289255, zamówienia publicznego na zadanie „Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy II etapu obiektu naukowo-dydaktycznego UW CETNT II przewidzianego do realizacji w ramach projektu „Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych UW – Kampus Ochota CENT III, w rejonie ul. Miecznikowa i Żwirki i Wigury w Warszawie (...), gwarantuje ubezpieczenie od Odpowiedzialności Cywilnej, od odpowiedzialności cywilnej związanej z eksploatacją, produktami ukończonymi, pracami

i/oraz świadczonymi usługami, w dodatkowej kwocie do 12.000.000 euro, (str. 99-100 oferty).

Pismem z dnia 12 marca 2012 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp z następującym wezwaniem. „Art. 4 § 3 ust. 3.4.2. i § 4 ust 1.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca załączył do oferty zaświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International (Espana) Seguros y Reaseguros. S. A. z siedzibą w Madrycie. Zamawiający w SIWZ określił, iż Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykaże (m.in.), że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN (lub równowartość tej kwoty, według średniego kursu NBP z dnia 2 lutego 2012 r.). W zakresie wykazania spełnienia tego warunku Wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN.” Zamawiający wzywa do uzupełnienia oferty o opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN.”

Odwołujący dnia 12 marca 2012 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie wyznaczonego terminu, a prośbę tą umotywował koniecznością pozyskania stosownych dokumentów. Zamawiający przedłużył odwołującemu termin na złożenie dokumentów na wezwanie - do dnia 19 marca 2012 r.

W wyniku powyższego wezwania, odwołujący Aldesa przy piśmie z dnia 16 marca 2012 r. przekazał zamawiającemu, Zaświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International (Espana) Seguros y Reaseguros. S. A. z siedzibą w Madrycie, z którego wynika, że firma podmiot ubezpieczony Aldesa Construcciones S.A. o numerze CIF A28233534 posiada aktualną i opłaconą od 27 lutego 2012 r. polisę od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia: „Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy II etapu obiektu naukowo-dydaktycznego UW CETNT II przewidzianego do realizacji w ramach projektu „Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych UW – Kampus Ochota CENT III, w rejonie ul. Miecznikowa i Żwirki i Wigury w Warszawie.” Ubezpieczyciel oświadcza, że polisa obejmuje ubezpieczenie od Odpowiedzialności Cywilnej, związane z realizacją wyżej wymienionych prac, z limitem do 19.000.000 euro od nieszczęśliwych wypadków i okresem ubezpieczenia od Odpowiedzialności Cywilnej związanym z Eksploatacją, Produktami Ukończonymi, Pracami i/oraz Świadczonymi Usługami, w dodatkowej kwocie 6.000.000 euro, gwarantowanych umową z Compania Groupama Seguros S.A., przy całkowitej kwocie 25.000.000 euro.

Zaświadczenie nosi datę 16 marca 2012 r.

Wykonawca Aldesa wyjaśnił jedynie, że dołącza zaświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeniowego, z którego wynika, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000 PLN (załącznik do wyjaśnień).

Pismem z dnia 30 marca 2012 r. zamawiający informował o wykluczeniu odwołującego Aldesa, gdyż *„oferta nie spełnia wszystkich wymagań przedstawionych w ustawie - Pzp i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazania spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. W uzasadnieniu zamawiający podał, że w SIWZ określił:*

1) iż wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykaże m.in. że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN (lub równowartość tej kwoty według średniego kursu NBP z dnia 2 lutego 2012 r. W zakresie wykazania spełnienia, tego warunku Wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia, potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej - w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszej niż 100.000.000,00 PLN.

2) Wykonawca załączył do oferty zaświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International (Espana) Seguros y Reaseguros S.A. z siedzibą w Madrycie. Ubezpieczonym zgodnie z ww. zaświadczeniem jest Grupo Aldesa S.A. Zakład Ubezpieczeń wystawił jedynie zaświadczenie, w którym zapewnia, że w wypadku pozyskania przez firmę Grupo Aldesa S.A. o numerze CIF A-85289255, zamówienia publicznego na zadanie „Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy II etapu obiektu naukowo-dydaktycznego UW CETNT II przewidzianego do realizacji w ramach projektu [---], gwarantuje ubezpieczenie od Odpowiedzialności Cywilnej od nieszczęśliwych wypadków związane z (...) wyżej wspomnianych prac (...).

Specyfikacja, istotnych warunków zamówienia zawierała inne wymogi, dlatego też Zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty.

3) Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN.

4) Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca ponownie złożył zaświadczenie wystawione przez TU HDI International (España) Seguros y Reaseguros S.A. (zakład ubezpieczeń i reasekuracji), informujące, że Aldesa Construcciones S.A. posiada ubezpieczenie OC związane z eksploatacją Produktami, Ukończonymi Pracami i/oraz Świadczonymi Usługami. Jednakże ani polisa, ani certyfikat świadczący o faktycznym zakresie ubezpieczenia, okresie ubezpieczenia ani opłacaniu należnej składki nie zostały załączone. Ponadto na dzień składania ofert nie zostały załączone. Ponadto z załączonego zaświadczenia wynika, że jeden zakład ubezpieczeń zaświadcza o ubezpieczeniu zawartym w drugim zakładzie ubezpieczeń (Kompania Groupoma Seguros S.A.). Zakład ubezpieczeń nie określa również w zaświadczeniu istotnego elementu ubezpieczenia, tj. czy jest to ubezpieczenie nadwyżkowe w stosunku do polisy podstawowej.

5) Na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w art. 22 ust 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych można, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U, z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), wymagać złożenia "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." Ocena spełniania opisywanego warunku następuje w oparciu o trzy rodzaje dokumentów. Pierwszy rodzaj dokumentu obejmuje polisę ubezpieczeniową, która zgodnie z wymaganiami przywołanego rozporządzenia musi być opłacona. Potwierdzenie opłacenia składki ubezpieczeniowej może znaleźć wyraz w treści samej polisy, wówczas gdy płatność następowała w dniu wystawienia dokumentu polisy i jest potwierdzona na dokumencie polisy. Potwierdzenie opłacenia składki bądź składek-może też być odrębnym od polisy dokumentem. Dowodem posiadania wymaganego ubezpieczenia może być także inny dokument, np. certyfikat wystawiony przez ubezpieczyciela, bądź brokera ubezpieczeniowego, ale przedstawienie takiego dokumentu jest dopuszczalne tylko i wyłącznie wówczas, gdy potwierdzenie posiadania ubezpieczenia nie może nastąpić poprzez przedstawienie polisy z uwagi na niewystawienie dokumentu polisy ubezpieczeniowej.

6) Cel stawiany instytucji uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu sprowadził się do stworzenia wykonawcy możliwości konwalidowania uchybień, jakie popełnił w trakcie przygotowania oferty. Wykonawca, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, nie złożył polisy. Z załączonego zaświadczenia wynika jednak że taką polisę/polisy posiada,

7) Według informacji zawartej w zaświadczeniu Zakładu Ubezpieczeń, druga polisa (na 19.000.000,00 euro) na dzień 27.02.2012 r. była opłacona. Z załączonego zaświadczenia nie wynika, że pierwsza polisa (na 6.000.000.00 euro, która również nie została załączona - jest opłacona.

8) *Nie jest również określony okres ubezpieczenia obydwu polis.*

9) *W zawiadomieniu błędnie została określona nazwa przedmiotu zamówienia: wpisany został „Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy II etapu obiektu naukowo-badawczego UW CENT II zamiast CENT III.*

10) *Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Zamawiający nie może wzywać wykonawcy więcej niż jeden raz do uzupełnienia oferty o ten sam dokument.*

Uzasadnienie prawne:

1) *art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

2) *art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”*

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro złożył ofertę najkorzystniejszą, w świetle przyjętego przez zamawiającego kryterium oceny ofert, zatem w przypadku potwierdzenia się stawianych zamawiającemu zarzutów, odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego wskazanym przepisom ustawy Pzp - wskutek utraty szans na uzyskanie zamówienia.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że z uwagi na jego status jako wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, odwołujący może być inaczej traktowany, niż wykonawca krajowy. Wynikające z postanowień § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku 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) - uprawnienie do wymagania od oferenta 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 – dotyczy na równych zasadach wszystkich uczestników przetargu, zarówno krajowych jak i zagranicznych. Wyjątki w zakresie przedstawienia dokumentów przez wykonawców mających siedzibę za granicą, określa § 4 powołanego rozporządzenia i nie należą do nich dowody ubezpieczenia.

Wymagania w § 4 pkt 3.4.2 SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy, między innymi wykażą w odniesieniu do sytuacji finansowej, że są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z

przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN (lub równowartość tej kwoty, według średniego kursu NBP z dnia 2 lutego 2012 r. oraz na potwierdzenie spełniania ww. warunku, złożą opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia - potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN" (§ 4 pkt 1.4.2. SIWZ) - mieszczą się w granicach wyznaczonych cytowanym przepisem § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia 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). Powyższy przepis stanowi, że zamawiający może żądać opłaconej polisy, w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dyspozycję wymienionej normy należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca, który prowadzi działalność wielokierunkową, przykładowo: produkuje pojazdy szynowe i sprzęt medyczny, uczestnicząc w przetargu na dostawę tramwajów, zobowiązany byłby złożyć dokument ubezpieczenia OC, jedynie w odniesieniu do wymienionego pionu swojej działalności. W żadnej mierze, przepis ten nie daje podstaw do jego odczytywania, że wykonawca przedstawiający polisę OC w dokumentach oferty - ma nią objąć także przedmiot zamówienia, o który się dopiero ubiega. Z reguły, tak też jest w niniejszym postępowaniu - zamawiający wymagają w warunkach umowy, aby wykonawca w razie pozyskania zamówienia – kontynuował, lub zawarł nową umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Zamawiający, we wzorze umowy, żądał także aby na etapie realizacji inwestycji, wykonawca legitymował się ubezpieczeniem dedykowanym robotom budowlanym.

Z unormowań art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wynika, że w ogólności warunki udziału w postępowaniu, w tym także odnoszące się do sytuacji ekonomicznej i finansowej, mają zamawiającemu umożliwić wybór oferty wykonawcy zdolnego do należytej realizacji zamówienia. Skoro polisa OC, przedstawiana jest dla wykazania odpowiedniej sytuacji finansowej wykonawcy, to służy nie dla innego celu – jak wykazania stabilnej pozycji finansowej potencjalnego wykonawcy zamówienia, gdzie nawet w przypadku zdarzenia (w tym przeszłego) skutkującego odpowiedzialnością cywilną, wykonawca jest asekurowany odpowiednio wysoką kwotą ubezpieczenia, zatem ryzyko dla zamawiającego, związania się z wykonawcą ubezpieczonym - pozostaje zbilansowane. Przy czym cytowany przepis nie określa minimalnego okresu ubezpieczenia OC, a jedynie wykazania jego posiadania w sposób opłacony, na czas złożenia oferty.

W ocenie Izby, wykonawca może złożyć dokument, nawet inny niż polisa, wystawiony

przez upoważnionego ubezpieczyciela, potwierdzający kto jest ubezpieczonym, przedmiot i zakres udzielnej ochrony, sumę gwarancyjną, fakt zapłacenia składki.

Nie można było pominąć, że zamawiający w art. 4 § 4 pkt 3 SIWZ zawarł upoważnienie, że: *„Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku.”* Z powyższego wynika, że dopuścił wprost inne dokumenty, niż polisa, a wybór formy dokumentu - w istocie pozostawił do decyzji wykonawcy. Zatem na etapie oceny oferty, zamawiający nie może odstępować od własnych wytycznych.

W ocenie Izby, odwołujący Aldesa jako wykonawca, był uprawniony aby złożyć nie tylko polisę potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności związanej z przedmiotem zamówienia, ale też inny dokument zewnętrzny, wystawiony przez ubezpieczyciela (lub inny uprawniony podmiot). Istotnym było, aby dokument taki w sposób jednoznaczny potwierdzał fakty, że:

1) wykonawca, który złożył ofertę jest ubezpieczony od wymienionego ryzyka, tj. od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,

2) suma ubezpieczenia, jako górna granica odpowiedzialności ubezpieczyciela, odpowiada ustanowionym warunkom uczestnictwa w postępowaniu,

3) od umowy ubezpieczenia została zapłacona składka, przynajmniej rata należna na dzień złożenia oferty, gwarantująca skuteczność ochrony ubezpieczeniowej.

Izba nie podziela poglądu, że wymóg wykazania opłacenia składki, odnosi się wyłącznie do polisy, ale nie do innych dokumentów, tj. certyfikatów, zaświadczeń itp. Rozróżnienie takie na gruncie § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), nie znajdowałoby żadnego uzasadnienia.

W oparciu o analizę przedstawionego w dokumentach oferty odwołującego zaświadczenia Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International (Espana) Seguros y Reaseguros S.A. z siedzibą w Madrycie, gdzie jako podmiot ubezpieczony wskazana została Grupo Aldesa S.A., w którym ubezpieczyciel zapewnia, że w wypadku pozyskania przez firmę Grupo Aldesa, S.A. o numerze CIF A-85289255, zamówienia publicznego na zadanie „Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy II etapu obiektu naukowo-dydaktycznego UW CETNT II przewidzianego do realizacji w ramach projektu [--], gwarantuje ubezpieczenie od Odpowiedzialności Cywilnej od nieszczęśliwych wypadków związane z (...) wyżej wspomnianych prac - Izba uznała, że zamawiający zasadnie pismem

z dnia 12 marca 2012 r. zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „do uzupełnienia oferty (w związku z warunkiem, o którym mowa art. 4 § 3 ust. 3.4.2 SIWZ) o dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu (art. 4 § 4 ust. 1.4.2 SIWZ) tj. o opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN.” W postępowaniu o udzielenie zamówienia nie uczestniczy bowiem Grupo Aldesa S.A., ale Aldesa Construcciones S.A. i nawet gdy ubezpieczającym, był podmiot trzeci, to z dokumentu zaświadczenia, nie wynikało, że wykonawca Aldesa Construcciones S.A. jest ubezpieczony i czy uzyska ochronę na wymaganą kwotę gwarancyjną. Ponadto ubezpieczyciel gwarantuje ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej od nieszczęśliwych wypadków, co nie zapewniało pełnej ochrony ubezpieczeniowej od wszelkich ryzyk mieszczących się w pojęciu odpowiedzialności cywilnej.

Nawet w przypadku, gdy oferta zawiera braki, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy, bez uprzedniego wyczerpania procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, tj. wezwania o złożenie wyjaśnień, względnie o uzupełnienie dokumentów. Jak stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, dokument składany na potwierdzenie posiadania wymaganego ubezpieczenia, kwalifikuje się do poprawy - jeżeli jest błędny lub do uzupełnienia - nawet jeżeli nie został załączony. Bez spełnienia wymienionego wymogu ustawowego, wykonawca nie może zostać skutecznie wykluczony z postępowania. Izba rozpatrując niniejszą sprawę, miała na względzie akceptowany w orzecznictwie pogląd (wyrażony między innymi w orzeczeniu sygn. akt KIO/UZP 1454/08), że zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów powinien wskazać jakie widzi w nich konkretne braki, w przeciwnym wypadku, wykonawca może bowiem uzupełnić dokument w zakresie nie takim, jak oczekiwał tego zamawiający, a stwierdzony błąd pozostawić bez poprawy. Aktualność tego poglądu potwierdza wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r. sygn. akt C-599/10 - w odniesieniu do zasady przejrzystości przy udzielaniu zamówień publicznych, instytucja zamawiająca ma obowiązek zażądać udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty w poszanowaniu subiektywnego prawa procesowego jednostki do bycia wezwaną do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedłożonych dokumentów (...), w przypadku, gdy dyskusyjne lub niejasne zrozumienie oferty uczestnika przetargu, może prowadzić do jego wykluczenia (...). Trybunał między innymi, wyraził pogląd, że instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.

Bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w

trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do wyjaśnień, czy uzupełnienia dokumentów, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Wezwania nie czyniące zadość takim wymogom, nie wywołują skutku, prawidłowego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, czy też do udzielenia wyjaśnień. Wezwanie zamawiającego z dnia 12 marca 2012 r. nie zawiera enumeratywnie wymienionych braków w przedstawionym zaświadczeniu Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International (Espana) Seguros y Reaseguros S.A. z siedzibą w Madrycie. Samo żądanie uzupełnienia, polegało jedynie na przytoczeniu treści odnośnych wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bez względu na sposób odczytania tych wymagań i prawidłowość ich wypełnienia przez innych uczestników tego postępowania, wykonawcy zawsze przysługuje uprawnienie, aby został prawidłowo wezwany do uzupełnienia wadliwego lub złożenia brakującego dokumentu, z zakresu oznaczonego w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, przedstawione na wezwanie zamawiającego przy piśmie odwołującego z dnia 16 marca 2012 r. Zaświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeniowego HDI Hannover International (Espana) Seguros y Reaseguros. S. A. z siedzibą w Madrycie, z którego wynika, że firma podmiot ubezpieczony Aldesa Construcciones S.A. o numerze CIF A28233534 posiada aktualną i opłaconą od 27 lutego 2012 r. polisę od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia: „Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy II etapu obiektu naukowo-dydaktycznego UW CETNT II (...), z oświadczeniem ubezpieczyciela, że polisa obejmuje ubezpieczenie od Odpowiedzialności Cywilnej, związane z realizacją wyżej wymienionych prac, z limitem do 19.000.000 euro od nieszczęśliwych wypadków i okresem ubezpieczenia od Odpowiedzialności Cywilnej związanym z Eksploatacją, Produktami Ukończonymi, Pracami i/oraz Świadczonymi Usługami, w dodatkowej kwocie 6.000.000 euro, gwarantowanych umową z Compania Groupama Seguros S.A., przy całkowitej kwocie 25.000.000 euro, z datą wystawienia 16 marca 2012 r. - nadal nie potwierdza w sposób jasny i prawidłowy, spełnienia przez Aldesa warunku udziału - w odniesieniu do polisy OC.

Treść i rozumienie tego zaświadczenia, pozostaje dyskusyjne – co wykazało postępowanie dowodowe. Strony i uczestnik postępowania, wywodzili z niego zupełnie odmienne i korzystne dla siebie wnioski.

Wykluczenie wykonawcy - Aldesa Construcciones S.A., Izba uznała jednak za naruszające wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Z tekstu wymienionego wezwania nie wynikało wprost, jakiej treści dokumentu oczekiwał zamawiający i dlaczego przedstawione zaświadczenie ubezpieczyciela uznał za wadliwe i niepełne. Otrzymał zatem wyjaśnienia oraz dokument adekwatny do wezwania, czyli wadliwy.

Z wymienionych względów, dokument odnośnie opłaconego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 100.000.000,00 PLN, podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, nie zachodzi okoliczność, iż wykonawca w tym zakresie był już skutecznie wzywany do uzupełnienia wymaganych informacji. Wyczerpanie procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, których charakter na to pozwala, stanowi bezwzględny obowiązek zamawiającego. Decyzję o wykluczeniu wykonawcy, z podaniem podstawy niespełnienia warunku udziału i niezłożenia wymaganego dokumentu, zawsze należy uznać za wadliwą i przedwczesną, o ile zamawiający nie zadośćuczyni w sposób prawidłowy nakazom wynikającym z powołanej normy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponowne przytoczenie w wezwaniu - określonego w SIWZ warunku i podanego sposobu jego oceny, nie mogło być uznane za wystarczające. W ocenie Izby, zamawiający dopiero w powiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania i o uznaniu oferty za odrzuconą, wyłuszczył dokładne przyczyny – z powodu, których uznał złożone zaświadczenie ubezpieczenia za wadliwe. Jeżeli zaś, wykonawca uznałby żądania uzupełnienia za nadmierne, mógłby na tą czynność zamawiającego - złożyć odwołanie.

Z wymienionych względów, merytoryczne odnoszenie się do szczegółowych zarzutów odwołującego było bezprzedmiotowe. Zdyskwalifikowane przez zamawiającego - zaświadczenia dotyczące ubezpieczenia OC, złożone przez wykonawcę Aldesa – nie mogły stanowić podstawy oceny oferty odwołującego, w zakresie spełnienia stawianego warunku sytuacji finansowej, skoro wykonawca nie miał możliwości ich prawidłowego uzupełnienia.

Postępowanie dowodowe potwierdziło słuszność stawianych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W następstwie bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania – nie dającego możliwości uzupełnienia braków oferty, zawsze dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez uchybienie zasadzie równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 679/12 i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Odwołujący Skanska S.A. złożył odwołanie drogą elektroniczną w dniu 10 kwietnia 2012 r. od zaniechania przez zamawiającego czynności, tj. nieodtajnienia dokumentów w ofercie wykonawcy Aldesa Construcciones S.A., dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Odwołujący podał, że zwracał się z wnioskiem o odtajnienie oznaczonych dokumentów w ofercie wymienionego wykonawcy, na co otrzymał odpowiedź, że „badana jest zasadność utajnienia pozostałych dokumentów.” Do dnia powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. do 30 marca 2012 r. zamawiający nie dokonał wnioskowanej czynności. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, przez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez uniemożliwienie zapoznania się przez odwołującego z częścią oferty, w tym dokumentami przedłożonymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i ogłoszeniu, firmy Aldesa;
- 2) naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 ustawy, przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem ust. 1 wskazanego artykułu ustawy, stanowiącego o jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz ograniczenie dostępu do dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oferty firmy Aldesa oraz poprzez zaniechanie odtajnienia wskazanych dokumentów, w konsekwencji uniemożliwienie dostępu do tych dokumentów odwołującemu;
- 3) naruszenie art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.), przez niewłaściwe zastosowanie - wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez firmę Aldesa w niniejszym postępowaniu objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdy *de facto* nie zostały spełnione przesłanki ku uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów wskazanej ustawy.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: odtajnienia dokumentów w części oferty wykonawcy Aldesa, mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu wynikających z

SIWZ i ogłoszenia, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia z uwzględnieniem wskazania podstawy dysponowania takimi osobami oraz ponowną ocenę ofert w sytuacji uwzględnienia odwołania, złożonego przez Aldesa od odrzucenia przez zamawiającego oferty tego wykonawcy.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w dniu 30 marca 2012 r. zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty Skanska S.A. W dniu 10 kwietnia 2012 r. odwołujący powziął informację o wniesieniu przez firmę Aldesa odwołania od czynności wyboru oferty, dokonanej przez zamawiającego. W świetle powyższego, oraz pomimo dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, wskazywał że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w związku z zaniechaniem przez zamawiającego czynności mającej na celu dokonanie odtajnienia informacji mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w ofercie firmy Aldesa S.A., odwołujący może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie niniejszego zamówienia - w przypadku rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez firmę Aldesa na korzyść tego wykonawcy - odwołujący utraci możliwość zakwestionowania dokumentów, które *de facto* mogą nie potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu - a tym samym możliwość oceny prawidłowości dokonanych przez zamawiającego czynności, czy też zaniechania czynności, do których był obowiązany w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zaznaczał, że stanowisko takie podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu sygn. akt KIO 100/2012 z dnia 26.01.2012 r.: *„Brak możliwości oceny oferty złożonej przez innego wykonawcę, w szczególności wykonawcę, który wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, może pozbawić Odwołującego prawa oceny przyszłych czynności Zamawiającego podjętych w odniesieniu do oferty konkurencyjnej, w tym w szczególności w zakresie prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej.”* We wskazanym orzeczeniu Izba stwierdziła, że Odwołujący poprzez uzasadnienie powyższego, w *dostateczny sposób* (Odwołujący) wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust 1 Ustawy.”

Dalej odwołujący wyjaśniał, że w dniu 14 stycznia 2012 r. zamawiający opublikował ogłoszenie, a następnie zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ dotyczące przedmiotowego postępowania. W dniu 29 lutego 2012 r. odbyło się otwarcie ofert. W dniu 30 marca 2012 r. zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący pismem numer B16001/12/OH/91 zwrócił się do zamawiającego o umożliwienie wglądu do ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w tym oferty firmy Aldesa. Zamawiający pismem numer DZP-371-92-123/2-011 poinformował, iż dostęp do złożonych ofert możliwy jest w godzinach pracy zamawiającego. W trakcie przeglądania ofert okazało

się, iż odwołujący pozbawiony jest możliwości wglądu do części oferty firmy Aldesa, w związku z zastrzeżeniem przez wymienioną firmę informacji - w części oferty - mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem nr B16001/12/OH/114 odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie oferty firmy Aldesa oraz umożliwienie wglądu do wskazanej oferty. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający pismem numer DZP-371-111-123/2011 poinformował Odwołującego, iż *„badana jest zasadność utajnienia pozostałych dokumentów zawierających klauzulę tajności”*. W świetle powyższego, w dniu przekazania informacji o wyborze oferty, odwołujący powziął wiadomość o zaniechaniu przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany, tj. odtajnienia części oferty wykonawcy Aldesa oraz poinformowania odwołującego o zakończeniu badania zasadności utajnienia dokumentów oraz o wyniku tego badania. Odwołujący stwierdził, że stanowisko takie poparła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu KIO 100/2012 z dnia 26.01.2012 r., w którym podała, że: *„ostatecznym terminem od którego biegnie termin na wniesienie odwołania w tym zakresie, jest decyzja zamawiającego dotycząca wyboru, oceny ofert, gdyż ta decyzja kończy etap oceny ofert, a tym samym również oceny zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.”*

Aldesa zastrzegła w swojej ofercie dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego w ogłoszeniu oraz w SIWZ, tj. dokumenty mające stanowić potwierdzenie:

1) posiadania wiedzy i doświadczenia (wykaz wykonanych robót budowlanych oraz załączone dokumenty potwierdzające, że wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone),

2) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (wykaz posiadanego potencjału technicznego, kadrowego wraz z wykazem osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami).

Odwołujący powołał się na przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się informacje:

- 1) mające charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny, mające wartość gospodarczą,
- 2) nie ujawnione do publicznej wiadomości,
- 3) wobec których podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wykładni powyższej „definicji” dokonał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 03.10.2000 r. (sygn.

akt I CKN 304/00). Zgodnie z tą interpretacją, wszystkie wyżej wymienione przesłanki, tj. charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny, wartość gospodarcza, brak podania do publicznej wiadomości powyższych informacji, oraz podjęcie wobec informacji zastrzeżonych jako tajne, działań mających na celu zachowanie poufności - spełnione muszą być łącznie.

W ocenie odwołującego, żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona, a wskazując na powyższe orzeczenie stwierdził, iż brak jest jakiegokolwiek podstawy dla uznania, że informacje te nie mogą być ujawnione. W zakresie ust. 1) jw. interpretacji definicji tajemnicy przedsiębiorstwa - argumentował, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że wykaz robót oraz dokumenty potwierdzające wykonanie tychże robót wraz z informacją o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (wraz z ich doświadczeniem zawodowym) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny, mający jednocześnie wartość gospodarczą. W zakresie ust. 2) oraz 3) interpretacji definicji tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że również nie spełniają się powyższe przesłanki.

Odwołujący przywołał adres macierzystej strony internetowej (www.aldesa.es) firmy Aldesa. Na stronie tej, wykonawca prezentuje swoje doświadczenie zawodowe, poprzez wskazanie zrealizowanych przez niego inwestycji. Inwestycje te podzielone są na szereg kategorii oraz podkategorii wraz z opisami wykonanych budynków (budowli) oraz zdjęciami tychże inwestycji. W zakresie:

Budownictwo Drogowe - Inżynieryjne w skład którego wchodzi doświadczenie w następujących branżach:

- standardowe kolejnictwo,
- koleje wysokich prędkości,
- drogi i autostrady,
- lotniska,
- roboty morskie,
- inżynieria wodna,
- infrastruktura urbanistyczna,

Budownictwo Ogólne w skład, którego wchodzi doświadczenie w następujących branżach:

- 1) obiekty mieszkaniowe,
- 2) obiekty przemysłowo - komercyjne,
- 3) obiekty z sektora publicznego,
- 4) obiekty zabytkowe (renowacja).

Odwołujący przedstawił jako dowód: - wyciąg ze strony internetowej www.aldesa.es, argumentując, że w każdej z powyższych branż Aldesa legitymuje się doświadczeniem w pracach na wskazanych inwestycjach, poprzez szczegółowe określenie rodzaju inwestycji z podaniem miejsca jej wykonywania oraz szeregiem zdjęć mających potwierdzać wykonanie

robót na tychże obiektach przez tę spółkę, wykazując się doświadczeniem, które ma rzekomo stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosił, że powyższymi dowodami wykazał, że ustawowa przesłanka dotycząca nie podawania tychże informacji do publicznej wiadomości - nie została spełniona, nie została również spełniona ustawowa przesłanka dotycząca podjęcia działań mających na celu zachowania owych informacji w poufności.

W zakresie utajnienia przez firmę Aldesa w części swojej oferty, informacji dotyczących osób planowanych do wykonywania przedmiotu umowy, tj. wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, odwołujący argumentował, że wiedza na temat tychże osób nie stanowi informacji niepodlegającej ujawnieniu, gdyż z racji obowiązujących przepisów - muszą być one podawane do publicznej wiadomości. Zastrzeżony jako niepodlegający ujawnieniu wykaz osób, wymagany był przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 4 § 3 oraz § 4 SIWZ, tj. wykazania się przez podmiot składający ofertę, osobami z doświadczeniem na stanowisku m.in.: kierownika budowy oraz kierowników robót w poszczególnych specjalnościach. Odwołujący zwracał uwagę na ustawowy obowiązek nałożony na kierownika budowy oraz kierowników robót przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Zgodnie z treścią art. 42 ust. 2 ustawy Prawo budowlane, kierownik budowy (robót) obowiązany jest umieścić na budowie - w widocznym miejscu - tablicę informacyjną. Zakres informacji wymagany wskazaną tablicą informacyjną doprecyzowany jest w § 13 rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, *„Zamieszczana na terenie budowy tablica informacyjna zawierać ma m.in. imiona, nazwiska, adresy i numery telefonów: kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektantów.”* Skoro informacje te podawane muszą być do wiadomości publicznej - nie może być mowy, iż dane na temat kadry w procesie budowlanym, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według odwołującego, nie zostały spełnione przesłanki aby uznać zastrzeżone informacje jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powołał się na stanowisko jakie prezentuje Urząd Zamówień Publicznych, dotyczące informacji nie ujawnionej do wiadomości publicznej, według którego, jest to: „informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych

kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą, Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną. Za oczywiste odwołujący poczytał, że w sytuacji w której przedsiębiorca udostępnia do publicznej wiadomości (poprzez publikację zdjęć i opisów na własnej stronie internetowej) informacje na temat doświadczenia przedsiębiorstwa, przeprowadzonych procesów inwestycyjnych - nie można takich informacji utożsamiać z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym zastrzeżenie tychże informacji - jako informacji nie podlegających ujawnieniu, przyjął - jako uniemożliwienie zapoznania się przez podmioty konkurencyjne, z dokumentami złożonymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Aldesa, utrudniające uczciwą konkurencję.

Odwołujący powołał się na ugruntowane poglądy orzecznictwa, że zgodnie z naczelną zasadą jawności postępowania - nie wolno zastrzegać poufności wszystkiego tego, co nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Uznał, przy tym, że udowodnił, iż powyższe informacje - przynajmniej w zakresie tego, co oraz gdzie zostało wykonane - takiej tajemnicy nie stanowią.

Zaznaczał, że analogicznie należy stosować przepis dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów żądanych przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Warunki te są jawne, bowiem wynikają z ogłoszenia i SIWZ, a konkurencja nie może być pozbawiana prawa do weryfikacji, czy warunki te zostały przez firmę Aldesa spełnione. Powyższe dotyczy zarówno wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył stanowisko, jakie w jednym z orzeczeń zaprezentowała KIO: „...Informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda zamawiający, obejmujące dane dotyczące przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy p.z.p. nie są też co do zasady, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług/dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty. Podobnie, zdaniem Izby, tajemnicą przedsiębiorstwa, co do zasady, nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia” (sygn. KIO 331/12 oraz 333/12 z dnia 5 marca 2012 r.).

W ocenie odwołującego, tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady

jawności postępowania - musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki uznania tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione, (sygn. KIO 1368/11 z dnia 11.07.2011 r.).

Zdaniem odwołującego, taka sytuacja zachodzi w przedmiotowej sprawie. Z pewnością całość dokumentu nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, bo jak wykazał - informacje o zakresie posiadanego doświadczenia podawane są do publicznej informacji przez samego tego wykonawcę firmę Aldesa na jego własnej stronie internetowej. Brak jest więc przesłanek do uznania, iż działanie zamawiającego polegające na nieodtajnieniu dokumentów w powyższym zakresie jest zgodne z zasadą jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Ograniczenie dostępu do informacji zawartych w ofercie możliwe jest więc w tylko określonych i uzasadnionych przypadkach, a aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą - należy stwierdzić istnienie okoliczności odpowiadających przesłankom w ustawie określonym. Skoro brak jest takich okoliczności, pozostawienie powyższych informacji, informacjami tajnymi skutkować będzie wadliwością postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący powołał się na dalsze tezy z orzecznictwa KIO, gdzie w Izba stwierdziła, że: *„...dokumenty nie mające szczególnego charakteru zawierające niepowtarzalne dane danego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym nie zawierają informacji znanych tylko temu wykonawcy, a mają raczej na celu uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencyjnego wykonawcy (...). Izba nie może akceptować coraz częstszych praktyk, że wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru oferty, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...”* W tym samym orzeczeniu Izba stwierdziła, że: *„Niepodejmowanie przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany czekając, że to orzeczenie KIO zwolni go z ryzyka odpowiedzialności za ewentualne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, jest nie do zaakceptowania”* (sygn. KIO 100/2012 z dnia 26.01.2012 r.). W sprawie sygn. KIO 2493/10, 2494/10, 2496/10 z dnia 06.12.2010 r.) Izba orzekła, że:

„Zamawiający powinien odtajnić informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Można uczynić to fragmentarycznie, zakreślając (w taki sposób, by nie ujawniać danych wrażliwych) zakres i wartość kontraktów, jednak zakres nie może być utajniony w części odpowiadającej postawionemu przez zamawiającego warunkowi. Zamawiający może ograniczyć się do odtajnienia informacji zawartych w referencjach, które uznał za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.”

W świetle wykazanych powyżej argumentów oraz przedłożonych dowodów przeprowadzenie postępowania, w tym zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na nieodtajnieniu dokumentów, które wobec przytoczonych poglądów, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poczytał odwołujący za naruszające przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2012 r. pismem w dniu 13 kwietnia 2012 r. (w kopii przekazanym stronom) zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Aldesa Construcciones S.A., wnosząc o odrzucenie, względnie oddalenie odwołania i utrzymanie stanu utajnienia oznaczonych dokumentów jego oferty.

Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że odwołanie wykonawcy Skanska S.A. może podlegać odrzuceniu z uwagi na uchybienie terminu do jego wniesienia. Odwołujący bowiem nie podaje w odwołaniu daty, kiedy uzyskał wgląd do ofert. Przystępujący zaznaczał, że w przypadku, gdy wizyta odwołującego w siedzibie zamawiającego, w trakcie której spotkał się z odmową udostępnienia niektórych dokumentów wchodzących w skład oferty Aldesa, miała miejsce więcej niż 10 dni przed datą złożenia odwołania – oznacza to, że odwołanie zostało złożone z uchybieniem ustawowego terminu.

Niezależnie od powyższego, przystępujący uznał zarzuty za chybione, gdyż zamawiający pismem z dnia 1 marca 2012 r. wzywał Aldesa do wyjaśnienia zasadności objęcia zastrzeżonych informacji klauzulą tajemnicy i uzyskał od przystępującego szczegółowe wyjaśnienia w dniu 5 marca 2012 r.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Aldesa S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako przystępującego po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, podnosił, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu, albowiem dnia 7 marca odwołujący Skanska S.A. powziął wiadomość o braku dostępu do zastrzeżonych dokumentów oferty firmy Aldesa.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art.

Postanowienia art. 96 ust. 2 ustawy Pzp stanowią, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Mimo, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, to przepis ten dozwala na udostępnianie załączników do protokołu dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty lub po unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Pewne odstępstwo w tym zakresie dopuszcza przepis § 5 ust 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), który mówi o tym, że w celu zapewnienia sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający w wyjątkowych wypadkach udostępnia oferty lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zatem prawo dopuszcza takie rozwiązanie, żeby nawet oferty zostały udostępnione nie od chwili ich otwarcia - jak stanowi art. 96 ust. 3 Pzp, ale w późniejszym terminie, podyktowanym względami organizacyjnymi zamawiającego, tj. po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty - w terminie umożliwiającym jednocześnie złożenie odwołania na czynność zamawiającego obejmującą wybór określonej oferty, przy zaniechaniu odtajnienia załączonych dokumentów, czy też bez uwzględnienia wszelkich możliwych braków oraz niezgodności oferty z SIWZ.

Izba uznała, że nawet gdyby przyjąć, iż protokół wraz oznaczonymi załącznikami (ofertami, dokumentami uzupełnionymi) winien być udostępniony niezwłocznie - to nie oznacza natychmiastowo, ale w takim terminie w jakim dokonanie tej czynności było obiektywnie możliwe w normalnym toku prac komisji przetargowej i kierownika zamawiającego, albowiem pojęcie „niezwłocznie” nie oznacza natychmiast. Określenie „niezwłocznie” oznacza termin realny, mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu.

Należało zważyć, że z żądaniem ujawnienia ofert, odwołujący zwrócił się pismem z dnia 29 lutego 2012 r., a następnie z 9 marca 2012 r. Zamawiający był w tym czasie w trakcie przeprowadzania stosownych czynności, w tym prowadzenia korespondencji między zamawiającym a wykonawcami w odniesieniu do uzupełniania dokumentów ofert. Ponadto w wezwaniu z dnia 1 marca 2012 r. wyznaczył czas na wyjaśnienie przez firmę Aldesa zasadności utajnienia dokumentów do 5 marca 2012 r., zatem chociażby z tej przyczyny, zamawiający, nie mógł spełnić od ręki żądań odwołującego. Zamawiający, zasięgał również opinii prawnej w zakresie podstaw utajnienia oferty Aldesa. W odniesieniu do dokumentów utajnionych – firmy Aldesa - podlegały one równoległej procedurze uzupełniania i wyjaśnień

w zakresie dokumentów dotyczących załącznika nr 3 i nr 4 do oferty, tj. wykazu robót i wykazu osób.

Szczególnego podkreślenia wymagało, że art. 179 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 1 tej ustawy pozwala na wnoszenie środków ochrony prawnej od czynności zamawiającego lub zaniechania czynności nakazanych ustawą. Nie stanowi zatem podstawy do wniesienia odwołania sam fakt, że którykolwiek z wykonawców złożył ofertę z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający w dacie złożenia ofert, czy uzupełnienia oświadczeń oraz innych wymaganych załączników do oferty, nie ma obowiązku natychmiastowego ich zbadania, w tym podjęcia decyzji co odtajnieniu określonych dokumentów. Z uwagi na zróżnicowany zakres danych, objętych wymienionymi dokumentami zawartymi w ofercie, a ponadto uzupełnianymi, zamawiający winien je analizować i ustalać, które z nich spełniają kryteria informacji tajnych - w oparciu o żądane i udzielone wyjaśnienia wykonawcy.

Z tych względów Izba nie podzieliła poglądów, że terminem początkowym wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty przez zamawiającego jest następny dzień po dacie zgłoszenia żądania ujawnienia określonej oferty, gdyż wówczas zamawiający bez zbędnej zwłoki winien przeprowadzić procedurę sprawdzającą i poinformować zainteresowanego o jej wyniku. Jeszcze pismem z dnia 13 marca 2012 r. zamawiający informował odwołującego Skanska, że *„badana jest zasadność utajnienia dokumentów oferty Aldesa.”* Termin ten, zatem winien być liczony od daty podjęcia czynności przez zamawiającego wobec danej oferty, w tym ostatecznie - przez dokonanie jej oceny, bez odtajnienia dokumentów.

W niniejszej sprawie, zamawiający zareagował od razu na wniosek odwołującego o odtajnienie oferty wykonawcy Aldesa Construcciones S.A. oraz bezzwłocznie przeprowadził czynności weryfikacyjne skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wezwał wykonawcę Aldesa do złożenia wyjaśnień. Stąd Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu, liczonego od powiadomienia o ocenie ofert. Bowiem na dzień wezwania do odtajnienia oferty Aldesa - zamawiający nie znajdował się w zwłoce z wykonaniem jakichkolwiek czynności, które mogły by stanowić podstawę do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej. Żądanie odrzucenia odwołania, jako wniesionego z uchybieniem terminu określonego w art. 189 ust. 2 pkt 3 należało uznać za bezpodstawne.

W następstwie nieuwzględnienia przez Izbę wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania Skanska S.A., jako wniesionego z uchybieniem terminu, zamawiający złożył oświadczenie do protokołu rozprawy, ze skutkiem prawnym, o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wykonawcy Skanska.

Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, przystępujący Aldesa Construcciones S.A. wniósł do protokołu rozprawy sprzeciw w trybie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp. Z tych względów, odwołanie podlegało rozpatrzeniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego Aldesa Construcciones S.A., korespondencji między zamawiającym a odwołującym Skanska oraz z pisma zamawiającego z dnia 1 marca 2012 r., pisma z dnia 5 marca 2012 r. przystępującego, stanowiącego odpowiedź na wezwanie do podania uzasadnienia utajnienia wskazanych dokumentów oferty, dokumentów części oferty firmy Aldesa w postępowaniu prowadzonym przez Kwidzyński Park Przemysłowo-Technologiczny.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Art. 4 § 3 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), wymagał między innymi złożenia następujących dokumentów:

1.2.1. Formularz Nr 3 - oświadczenie - wykaz robót budowlanych wraz z załącznikami.

Wykaz zrealizowanych - ukończonych - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Przez „roboty budowlane” w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia należy rozumieć budowę wraz z wykończeniem „pod klucz” obiektów kubaturowych, wielokondygnacyjnych (co najmniej 3 kondygnacje) w konstrukcji żelbetowej o charakterze użyteczności publicznej (Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie Dz. U. 02.75.690 z późn. zm.). Wykonawca wykaże:

1.2.1.1. jedną ww. „robotę budowlaną” o wartości co najmniej 100.000.000,00 PLN (brutto) i posiadającą co najmniej jedną kondygnację podziemną pod minimum połową powierzchni zabudowy lub

1.2.1.2. trzy ww. „roboty budowlane” o wartości łącznej co najmniej 120.000.000,00 PLN (brutto), przy czym co najmniej jedna z ww. realizacji musi być o wartości co najmniej 60.000.000,00 PLN (brutto) i co najmniej jedna z wykazanych realizacji o wartości co najmniej 40.000.000,00 PLN (brutto) musi obejmować budowę lub kompleksową przebudowę obiektu obejmującego sale wykładowe, laboratoria dydaktyczno-badawcze wraz z niezbędnymi instalacjami technologicznymi używanymi

w laboratoriach biologiczno-chemicznych; każdy z wykazanych obiektów musi posiadać minimum jedną kondygnację podziemną.

- 1.2.2. Wykonawca załączy dokumenty (np. opinie, referencje) potwierdzające, że wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.
- 1.3. W zakresie wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty:
 - 1.3.1. Formularz Nr 4 - oświadczenie - wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności (informacje te mogą być przedstawione w formie życiorysów), oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami.
 - 1.3.2. Wykonawca oświadczy, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień). Określi jakie uprawnienia budowlane w jakiej specjalności posiada wykazana osoba oraz datę ich wydania.
 - 1.3.3. Dla wszystkich ww. osób wskazanych do wykonania zamówienia należy w zakresie potwierdzenia posiadanego doświadczenia - podać termin (od - do wskazując - miesiąc i rok) pełnienia określonej funkcji przy wskazanym - wymienionym zadaniu. Wykonawca oświadczy, że ww. osoby wskazane do wykonania zamówienia biegle władają językiem polskim, posiadają znajomość prawa budowlanego i procedur administracyjnych w zakresie inwestycji budowlanych.
 - 1.3.4. Wykonawca zobowiązany jest wykazać osoby spełniające poniższe wymogi:
 - a) kierownik budowy (1 osoba) - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. Nr 83, poz. 578) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, mający co najmniej 8 lat doświadczenia w wykonawstwie jako kierownik budowy, przy realizacji co najmniej 3 obiektów kubaturowych użyteczności publicznej o wartości nie niższej niż 30.000.000,00 PLN (brutto) każda.
 - b) kierownik robót (minimum 1 osoba) - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. Nr 83, poz. 578) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, mający co najmniej 5 lat

doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy.

- c) kierownik robót (minimum 1 osoba) - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83. poz. 578) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, mający co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji, kierownika robót lub kierownika budowy.*

Art. 10 § 1 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Pkt 13. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie będą ujawniane innym uczestnikom postępowania, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert, zastrzeże, że nie mogą one być udostępniane – art. 8 ust. 3 Ustawy. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp.

Pkt 14. Wykonawca powinien zamieścić w ofercie (na osobnej stronie) zapis informujący, które z załączonych dokumentów, nie mogą być udostępnione innym uczestnikom postępowania.

Na stronach 147-153 oferty Aldesa S.A. znajduje się wykaz robót, zawierający 2 pozycje, wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zobowiązaniem udostępnienia potencjału doświadczenia przez podmiot trzeci w odniesieniu do jednej z robót referencyjnych.

Na stronach 154 - 158 znajduje się wykaz osób wraz z załącznikami.

Na stronie 159 i 160 zawarte są zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia potencjału kadrowego na rzecz wykonawcy Aldesa. Ww. dokumenty dotyczą 3 osób, przewidzianych na stanowiska kierownika budowy i kierowników robót.

Odwołujący Aldesa Construcciones S.A. zastrzegł w dokumentacji oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje finansowe, wykaz robót wraz z załącznikami oraz wykaz osób wraz z załącznikami.

W dniu 29 lutego 2012 r. odwołujący Skanska S.A. zwrócił się do zamawiającego o umożliwienie wglądu do protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz do wszystkich ofert i o zgodę na sporządzenie dokumentacji fotograficznej.

Pismem z dnia 1 marca 2012 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Aldesa o

uzasadnienie utajnienia dokumentów jego oferty: informacji finansowych, wykazu robót, (strony 155 - 158 oferty Aldesa), zawierających informacje i dokumenty dotyczące też potencjału kadrowego wykonawcy, w szczególności imiona i nazwiska oraz informacje dotyczące wykształcenia, uprawnień i doświadczenia zawodowego osób, którymi dysponuje/będzie dysponował wykonawca.

W odpowiedzi z dnia 5 marca 2012 r. wykonawca Aldesa udzielił wyjaśnień, w których podtrzymał stanowisko o zasadności utajnienia dokumentów oferty w odniesieniu do: informacji zawartych w wykazie robót wraz z załącznikami oraz w wykazie osób wraz z załącznikami. W uzasadnieniu podał, że:

„Strony 154 - 160 oferty zawierają informacje i dokumenty dotyczące potencjału kadrowego Wykonawcy, w szczególności imiona i nazwiska oraz informacje dotyczące wykształcenia, uprawnień i doświadczenia zawodowego osób, którymi dysponuje/będzie dysponował Wykonawca.

„Wykaz osób” zawierający informacje o kwalifikacjach osób proponowanych do realizacji Zamówienia oraz informacje o podstawie dysponowania tymi osobami, zawiera informacje handlowe posiadające dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą, tj. przede wszystkim imiona i nazwiska osób, którymi Wykonawca dysponuje oraz pozyskanych przez Wykonawcę w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu realizacji zamówienia. Zwracamy uwagę, że realizacja Zamówienia wymaga kierowania i nadzoru przez wykwalifikowany zespół ludzki. Branża robót budowlanych opiera się w znacznej mierze na profesjonalnym zespole kadrowym - to ludzie decydują o renomie firmy, o możliwości pozyskiwania przez nią kolejnych zleceń. W związku z powyższym branża ta charakteryzuje się stosunkowo dużą rotacją pracowników/współpracowników oraz „przejmowaniem” takich osób przez konkurencję.

Informacje zawarte w zastrzeżonym jako tajemnica wykazie osób oraz dokumenty powiązane nie są ujawnione do wiadomości publicznej, są to informacje jako całość nie znane ogółowi. Informacje te podpadają pod pojęcie tajemnicy gdyż Wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców a w szczególności konkurentów i wola ta jest rozpoznawalna, bowiem Wykonawca złożył w tej sprawie oświadczenie (objął dokumenty tajemnicą). Żaden konkurent nie może poznać zasobu kadrowego Wykonawcy, dedykowanego do realizacji Zamówienia dozwoloną drogą. Wiedzę na temat tego zespołu posiada zamknięty krąg osób, zobowiązanych do zachowania poufności (pracownicy i współpracownicy Wykonawcy, którzy zostali zobowiązani do poufności). Wykonawca podjął wszystkie niezbędne działania w celu zachowania poufności dedykowanego do realizacji Zamówienia zespołu ludzi.

„Wykaz robót” (strony 147 - 153 oferty) zawiera wykaz robót budowlanych wykonanych

przez Wykonawcę oraz podmiot trzeci udostępniający Wykonawcy zasoby, zobowiązania tego podmiotu a także dokumenty stwierdzające należyte wykonanie robót, a więc informacje handlowe posiadające istotną wartość gospodarczą. Dokumenty te zawierają informacje na temat zrealizowanych projektów, które nie są ujawnione, dostępne dla wszystkich. Również w przypadku ww. dokumentów Wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy. Pracownicy Wykonawcy są zobowiązani do zachowania poufności i to nie tylko na podstawie Kodeksu Pracy, ale także na podstawie uszczegóławiającej ten obowiązek wdrożonej polityki bezpieczeństwa informacji. Zastosowano również wszelkie niezbędne rozwiązania techniczne uniemożliwiające osobom niepowołanym dotarcie do informacji stanowiących tajemnicę. Informacje zawarte w zastrzeżonym jako tajemnica wykazie robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie nie są ujawnione do wiadomości publicznej, są to informacje jako całość nie znane ogółowi. Informacje te podpadają pod pojęcie tajemnicy gdyż Wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców a w szczególności konkurentów i wola ta jest rozpoznawalna, bowiem Wykonawca złożył w tej sprawie oświadczenie (objął dokumenty tajemnicą).

Podsumowując, spełnione zostały wszystkie warunki zastrzeżenia tajności informacji zawartych w na stronach 147 - 153 oferty."

Pismami z dnia 2 marca 2012 r. zamawiający poinformował, że dokumenty udostępnił w swojej siedzibie.

Pismem z dnia 9 marca 2012 r. Skanska ponownie zażądała wglądu do dokumentów utajnionych firmy Aldesa.

Pismem z dnia 13 marca 2012 r. zamawiający informował odwołującego Skanska, że odtajnione dokumenty oferty firmy Aldesa zostały udostępnione pełnomocnikom odwołującego w dniu 8 marca 2012 r. Badana jest zasadność utajnienia dokumentów oferty Aldesa:

- 1) wykaz robót wraz z załącznikami, formularz 3, str. 147-153,
- 2) wykaz osób wraz z załącznikami, formularz 4, str. 154-160.

Zamawiający zasięgał opinii prawnej w odniesieniu do zasadności utajnienia omawianych wyżej dokumentów, oferty wykonawcy Aldesa.

W dniu 30 marca 2012 r. nastąpiło powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty – wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz o wykluczeniu wykonawcy Aldesa Construcciones S.A. z postępowania i odrzuceniu oferty – bez decyzji zamawiającego co do

odtajnienia dokumentów oferty Aldesa, w tym uzupełnionych.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro złożył ofertę w postępowaniu. Zatem w przypadku potwierdzenia się stawianych zarzutów, odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego wskazanym przepisom ustawy - w zapewnieniu dostępu do oferty konkurenta, który poprzedza odwołującego ceną i stwierdzenia podstaw do zasadnego wyeliminowania tej oferty. Liczy się bowiem nawet potencjalna możliwość poniesienia szkody - przez utratę szans na uzyskanie zamówienia.

Podstawowy zarzut odwołania stanowiło, że zaniechanie odtajnienia dokumentów oferty firmy Aldesa Constucciones S.A. narusza art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zapewniający jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na wszystkich jego etapach.

Należało jednak zważyć, iż jawność ta doznaje ograniczeń z mocy samej ustawy, tj. art. 8 ust. 3 Pzp, mówiącego, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert (...), zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zdaniem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z dnia 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00, informacje techniczne i technologiczne dotyczą sposobów wytwarzania wyrobu i jego stosowania. Natomiast dane nieujawnione do wiadomości publicznej, to informacje nieznane ogółowi, co do których przedsiębiorca podjął celowe czynności zapobiegające ich rozpowszechnianiu. Nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł.

Z przywołanych przepisów i ich interpretacji, wynika, że nie stanowi naruszenia zasady jawności, zastrzeżenie w ofercie wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich informacji, które mogą być przedmiotem skutecznego wyłączenia jawności w oznaczonym zakresie. Wówczas nie można przypisywać zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, przez fakt, iż zamawiający nie odtajnił dokumentów, które stanowiły zastrzeżoną tajemnicę

przedsiębiorstwa wykonawcy, oraz w rzeczywistości miały taki charakter. Wykonawca z mocy ustawy, nie może zastrzec jedynie informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Samo stwierdzenie, że zastrzeżenie tajemnicy w ofercie konkurenta uniemożliwia do niej wgląd i wyszukanie ewentualnych uchybień, nie jest wystarczającym powodem do odtajnienia oferty, której treść została zastrzeżona w prawidłowy sposób. Wykonawca ubiegający się o ujawnienie zastrzeżonych informacji w innej ofercie, winien wykazać, że zastrzeżenie było nieuzasadnione.

Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego, że to wykonawca czyniący zastrzeżenie tajności dokumentów jego oferty, ma w pełni udowadniać zaistnienie ku temu podstaw. Ustawa Pzp w art. 8 ust. 3 mówi wyłącznie o złożeniu zastrzeżenia, że zawarte w ofercie informacje nie mogą być udostępniane, jeżeli spełniają kryteria zawarte w odrębnych akcie, tj. ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem jedynie przywoływanie okoliczności, że zastrzeżenie tajemnicy w ofercie konkurenta, uniemożliwia do niej wgląd i ewentualne ujawnienie nieprawidłowości - dla celu zgłoszenia żądań jej wyeliminowania z postępowania przez zamawiającego - nie jest wystarczającym powodem do odtajnienia oferty, której treść została zastrzeżona w prawidłowy sposób.

Dla przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołujący zobowiązany był wykazać, że nie zachodzą wszystkie łączne przesłanki konieczne dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie konkurenta, zgodnie z art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp i art. 190 ust. 1 tej ustawy.

Taki dowód, w ocenie Izby, odwołujący przeprowadził w niniejszym postępowaniu. Udowodnił bowiem, że uznane przez zamawiającego informacje - jako stanowiące tajemnicę wykonawcy Aldesa - takich znamion nie posiadają, albowiem:

- a) zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
 - b) nie podjęto w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności,
 - c) z mocy przepisów odrębnych podlegały obligatoryjnemu ujawnieniu do wiadomości publicznej,
- co obligowało zamawiającego do ich ujawnienia w myśl wskazań wyroku SN z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05.

Izba w całości podzieliła stanowisko odwołującego, że skoro firma Aldesa na stronie internetowej (www.aldesa.es) prezentuje swoje doświadczenie zawodowe poprzez wskazanie zrealizowanych przez nią inwestycji, gdzie inwestycje te podzielone są na szereg

kategorii oraz podkategorii wraz z opisami wykonanych zadań oraz zdjęciami tychże inwestycji – to wykaz doświadczenia zawodowego (nawet jako potencjału udostępnionego przez podmiot trzeci, tj. inną spółkę działającą w ramach danej grupy kapitałowej) - nie spełnia kryterium zachowania poufności. Nie może być zatem przedmiotem skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez względu na treść wzajemnych porozumień między wykonawcą zastrzegającym tajemnicę dokumentów oferty, a podmiotem trzecim. Firma Aldesa szeroko wykazuje się doświadczeniem w pracach na wskazanych inwestycjach, poprzez szczegółowe określenie rodzaju inwestycji z podaniem miejsca jej wykonywania oraz szeregiem zdjęć potwierdzających wykonanie robót na tychże obiektach przez tę spółkę, a więc jednocześnie także same informacje na temat doświadczenia zawodowego, nie mogą stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia – jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Powoływana okoliczność, że nie wszystkie zrealizowane obiekty są eksponowane w ten sposób, co podnosił przystępujący, nie wyłączała uznania przez Izbę stanowiska odwołującego, jako dowiedzionego co do reguł postępowania wykonawcy Aldesa. Chociaż specyfika każdego postępowania o zamówienie publiczne jest różna, i Izba co zasady, nie neguje poglądów, iż wykaz robót, czy wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, w konkretnych okolicznościach, może stać się przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – to przedstawione przez odwołującego dokumenty - części oferty firmy Aldesa w postępowaniu prowadzonym przez Kwidziński Park Przemysłowo-Technologiczny – wobec nieutajnienia tego samego rodzaju dokumentów – potwierdzają przynajmniej tyle, że przedsiębiorca nie prowadzi konsekwentnej polityki w zakresie chronienia danych na temat zrealizowanych zamówień oraz osób, z którymi współpracuje.

Odwołujący wykazał powyższymi dowodami, że ustawowa przesłanka dotycząca nie podawania informacji na temat wykonanych robót budowlanych do publicznej wiadomości - nie została spełniona. Nie została również spełniona ustawowa przesłanka dotycząca podjęcia działań mających na celu zachowania tychże informacji w poufności. W sytuacji, w której przedsiębiorca udostępnia do publicznej wiadomości (poprzez publikację zdjęć i opisów na własnej stronie internetowej) - informacje na temat dokonań zawodowych firmy, tj. zrealizowanych inwestycji - nie można takich informacji utożsamiać z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Zastrzeżona część oferty została ujawniona do wiadomości publicznej. Przystępujący Aldesa, nie podjął w stosunku do utajnionych w ofercie informacji niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, a wręcz przeciwnie w celach marketingowych informacje tego rodzaju rozpowszechniał. Wykonawca, będący przedsiębiorcą budowlanym, przede wszystkim, swój wizerunek rynkowy oraz renomę kreuje w oparciu o zrealizowane już obiekty, których autorstwem się rekomenduje. Ponadto,

należało założyć, że w oparciu o akty normatywne, dotyczące ładu przestrzennego, tak na terenie Polski jak i Hiszpanii, dane na temat wznoszonych obiektów budowlanych, objęte są procedurami administracyjnymi, które to dane, podlegają udostępnieniu w oparciu o przepisy o dostępie do informacji publicznej. Przepisy nakładają obowiązek, aby począwszy od rozpoczęcia budowy, obiekt w terenie był oznaczony, z podaniem: rodzaju inwestycji, inwestora i wykonawcy, umożliwiając każdemu dostęp do tych informacji.

W zakresie utajnienia przez firmę Aldesa w części swojej oferty, informacji dotyczących osób planowanych do wykonywania przedmiotu umowy, tj. wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, Izba również podzieliła argumentację odwołującego, że wiedza na temat osób przeznaczonych na stanowiska kierownika budowy, czy kierowników robót - nie stanowi informacji niepodlegającej ujawnieniu, gdyż z racji obowiązujących przepisów - muszą być one podawane do publicznej wiadomości. Bezsprzecznie, zastrzeżony jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz osób, wymagany był przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 4 § 3 oraz § 4 SIWZ, tj. wykazania się przez podmiot składający ofertę osobami z doświadczeniem na stanowisku m.in.: kierownika budowy oraz kierowników robót w poszczególnych specjalnościach. Przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, tj. art. 42 ust. 2 tej ustawy, został nałożony obowiązek umieszczenia na budowie - w widocznym miejscu - tablicy informacyjnej. Zakres informacji wymagany wskazaną tablicą informacyjną, doprecyzowany został w § 13 rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Zamieszczana na terenie budowy tablica zawierać ma m.in. imiona, nazwiska, adresy i numery telefonów: kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektantów. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 11 lutego 2009 r. w sprawie wzorów i sposobu prowadzenia (...) centralnych rejestrów osób posiadających uprawnienia budowlane (Dz. U. Nr 23, poz. 136) – zapewnia możliwość dostępu do tychże zbiorów. Skoro informacje te podawane muszą być do wiadomości publicznej, to jawne dane na temat kadry kierowniczej, w procesie budowlanym nie mogą, tym samym, stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa - w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i to bez względu na zawarte porozumienia stron. Ponadto, informacja, aby zachować postać tajemnicy przedsiębiorstwa, musi cały czas pozostawać tajemnicą, a nie może być chroniona jedynie okresowo, tj. na czas złożenia oferty – jak postulował przystępujący Aldesa.

Izba stwierdziła podstawy do uwzględnienia zarzutów i żądań odwołującego, gdyż orzeka w oparciu o ocenę przedstawionych dowodów, do czego obliguje ją art. 190 ust. 7

ustawy Pzp, względem poprawności prowadzonych procedur w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Izba przyjęła, w oparciu o materiał dowodowy sprawy, że stanowisko zamawiającego w odniesieniu do uznania, że zastrzeżone dokumenty oferty przystępującego Aldesa - mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu - nie było właściwe, gdyż nie zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki określone przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla skutecznego zastrzeżenia tajności informacji w dokumentach oferty przetargowej wykonawcy Aldesa Construcciones S.A., co finalnie zamawiający przyznał, uwzględniając w całości zarzuty odwołania.

Zamawiający wykazał, że przeprowadził czynności mające na celu zweryfikowanie podstaw do odtajnienia informacji zastrzeżonych, ale po analizie udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, początkowo niezasadnie zdecydował, że brak jest przesłanek do odtajnienia tych dokumentów, dając tym samym powód do wniesienia odwołania. Znalazł zatem potwierdzenie zarzut odwołującego, że zamawiający zaniechał czynności przeprowadzenia prawidłowej weryfikacji podstaw do utajnienia danych w kwestionowanej ofercie, a zaniechanie to naruszyło zasadę jawności postępowania określoną w art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz postanowienia art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem zachodzi również sytuacja, gdzie czynione zamawiającemu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób nieprzestrzegający zasad uczciwej konkurencji - znalazły potwierdzenie.

Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, może mieć istotny wpływ na ostateczny wynik postępowania, skoro oferta przystępującego Aldesa będzie poddana ponownej ocenie, po odtajnieniu zastrzeżonych dokumentów. Przy czym Izba uznała, że dokumenty uzupełnione - utajnione, w odniesieniu do wykazu doświadczenia zawodowego oraz wykazu osób - stanowią integralną część oferty.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego Uniwersytetu Warszawskiego na rzecz odwołującego Aldesa Construcciones S.A. kwotę 23 600,00 zł, tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego Skanska S.A. Izba zasądziła od przystępującego Adesa Construcciones S.A. kwotę 20 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania na podstawie § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:



Nadany przez

Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Klaudia Szczytowska-Maziarz

