

Sygn. akt: KIO 1420/12

WYROK

z dnia 20 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo
Izabela Niedziałek – Bujak
Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 i 19 lipca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca przez wykonawcę

Sprint S.A. ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn

w postępowaniu prowadzonym przez

Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia

przy udziale:

- 1. Wasko S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice,**
- 2. Qumak-Sekom S.A. Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**

zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sprint S.A. ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia na rzecz Sprint S.A. ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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 Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i budowę Pomorskiej Magistrali Teleinformatycznej – Krajowy System Bezpieczeństwa Morskiego (KSBM) etap IIA” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 stycznia 2012 r. pod numerem 2012/S 10-014925. Ogłoszenie zostało zmienione 28 stycznia 2012 r. (2012/S 19-029585) oraz 18 lutego 2012 r. (2012/S 34-053907).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

27 czerwca 2012 r. odwołujący – Sprint S.A. otrzymał zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z których wynika, że do dalszego postępowania, oprócz odwołującego, zostało zakwalifikowanych trzech wykonawców: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. i HAWA TELEKOM Sp. z o.o., Wasko S.A. i Qumak-Sekom S.A.

6 lipca 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Qumak-Sekom S.A. pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Qumak-Sekom S.A. pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania WASKO S.A. pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a następnie powtórzenia tej czynności,
2. wykluczenia z postępowania wykonawców Qumak-Sekom S.A. oraz WASKO SA.

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie i spełniający warunki udziału w postępowaniu posiada interes w jego uzyskaniu, a w wyniku zaniechania, wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczenia z postępowania wykonawców Qumak-Sekom S.A. oraz WASKO S.A. może ponieść szkodę.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał następujące zarzuty.

W stosunku do Oumak-Sekom S.A.:

1. Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w sekcji III.2.3) ppkt 1)a) ogłoszenia o zamówieniu tj. wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej trzech robót budowlanych, których przedmiotem była budowla linii światłowodowych na lądzie o długościach łącznych co najmniej 100 km każda, a co najmniej jedna z tych robót polegała na zaprojektowaniu i budowie linii światłowodowej w zakresie wykonania robót budowlanych polegających na zaprojektowaniu i budowie linii światłowodowej na lądzie o długości łącznej co najmniej 100 km. Załączone do wykazu posiadanego doświadczenia w odniesieniu do pozycji nr 5 referencje nie odnoszą się bowiem do ww. robót budowlanych, gdyż ich treść mówi o wykonaniu przez Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO Gołąbek Jadwiga z siedzibą w Radomiu nieokreślonych prac „przy budowie sieci światłowodowej”, natomiast nie wskazuje na fakt zaprojektowania i budowy linii światłowodowej. Poza tym tłumaczenie ww. referencji jest wadliwe i w sposób niezgodny z treścią referencji oraz wprowadzający w błąd sugeruje, że Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO Gołąbek Jadwiga było wykonawcą robót budowlanych polegających na zaprojektowaniu i budowie linii światłowodowej na lądzie o długości łącznej 150 km w obszarze drogi stanowej US-95 (Wilmington, Delaware – College Park, Maryland). Owa sprzeczność treści referencji z oświadczeniem zawartym w wykazie skutkuje brakiem możliwości uznania, iż Qumak-Sekom S.A. załączył wymagany do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Oznacza to także, iż Qumak-Sekom S.A. nie wykazał się doświadczeniem w zaprojektowaniu i budowie linii światłowodowej na lądzie o długości łącznej co najmniej 100 km, a zatem podlega wykluczeniu z postępowania.

Poza tym 4 Global Networks Service LLC wystawiająca ww. referencje na rzecz pani Gołąbek nie była investorem ww. zadania inwestycyjnego w obszarze drogi stanowej US-95, a tym samym nie miała prawa zlecać ww. przedsiębiorstwu wykonania projektu i budowy linii światłowodowej.

2. Analiza prac wskazanych w pozycjach nr 1 – 4 wykazu doświadczenia potwierdza dysponowanie przez Qumak-Sekom S.A. doświadczeniem w realizacji tylko jednych robót

budowlanych, których przedmiotem była budowa linii światłowodowej na lądzie o długości łącznej co najmniej 100 km. Prace z pozycji nr 1 i 2 zostały wykluczone przez zamawiającego, a prace z pozycji nr 3 i 4 w rzeczywistości stanowią jedne roboty budowlane, gdyż wykonane zostały na rzecz jednego podmiotu, na podstawie jednej umowy, w oparciu o jedną dokumentację projektową i jedną organizację budowy. Fakt odsprzedaży części wybudowanej infrastruktury przez firmę HAWE (wystawcę referencji) innemu podmiotowi (PCSS) po zakończeniu inwestycji nie może mieć wpływu na uznanie, że kabel wybudowany w ramach tych robót będzie traktowany jako odrębne roboty budowlane.

3. Qumak-Sekom S.A. uzupełniając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty w celu potwierdzenia spełnienia warunku opisanego w sekcji III.2.3) ppkt 1)a) ogłoszenia o zamówieniu (pozycje nr 3 i 4 wykazu) nie złożył wymaganego w treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych pisemnego zobowiązania firmy IN TELECOM odnoszącego się do udostępnienia zasobów związanych z wykonaniem prac wymienionych w ww. pozycjach – zobowiązanie załączone do pierwotnie złożonego wykazu dotyczy innych prac niż wymienione w pozycjach nr 3 i 4 uzupełnionego wykazu. Ponadto, jak wynika z podjętej w stosunku do wykonawcy czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, prace wymienione w pozycjach nr 1 i 2 oraz odnoszące się do nich dokumenty, w tym pisemne zobowiązanie, zostały wykluczone przez zamawiającego jako niespełniające opisanego warunku.

4. Stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego nieprawdziwe jest oświadczenie Qumak-Sekom S.A. stanowiące tłumaczenie referencji wystawionych przez 4 Global Networks Service LLC – jest ono niezgodne z treścią ww. referencji i w sposób niezgodny z prawdą wskazuje, że Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO Gołąbek Jadwiga było wykonawcą projektu i budowy linii światłowodowej na lądzie o długości łącznej 150 km w obszarze drogi stanowej US-95 (Wilmington, Delaware – College Park, Maryland). Nieprawdziwe jest ponadto oświadczenie wykonawcy zawarte w pozycji nr 5 wykazu doświadczenia, w którym Qumak-Sekom S.A. po raz kolejny poświadcza, iż Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO Gołąbek Jadwiga było wykonawcą ww. projektu i budowy linii światłowodowej. Nieprawdziwe jest również oświadczenie 4 Global Networks Service LLC, którym Qumak-Sekom S.A. posłużył się w celu uzyskania zamówienia, iż jako inwestor zadania inwestycyjnego polegającego na wykonaniu projektu i budowy linii światłowodowej na lądzie o długości łącznej 150 km w obszarze drogi stanowej US-95 zlecił

Przedsiębiorstwu Techniczno Innowacyjnemu ALGO Gołębek Jadwiga wykonanie prac przy realizacji ww. zadania.

Nieprawdziwe jest też oświadczenie Qumak-Sekom S.A. złożone w „Wykazie robót budowlanych”, iż firma Hawe (wystawca referencji), w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego „budowa magistralnej linii światłowodowej relacji: Gdańsk – Elbląg – Olsztyn – Suwałki” wykonała dwie samodzielne roboty budowlane polegające na budowie linii światłowodowych na lądzie o długościach łącznych co najmniej 100 km każda.

Zarzuty w stosunku do Wasko S.A.: nie wykazał on spełnienia warunku wykonania co najmniej trzech robót budowlanych, których przedmiotem była budowa linii światłowodowych na lądzie o długościach łącznych co najmniej 100 km każda, a co najmniej jedna z tych robót polegała na zaprojektowaniu i budowie linii światłowodowej, gdyż nie załączył do wniosku referencji potwierdzających należyłą realizację zadania inwestycyjnego polegającego na zaprojektowaniu i budowie linii światłowodowej na lądzie o długości łącznej co najmniej 100 km – w treści referencji odnoszących się do prac wskazanych w pozycji nr 1 „Wykazu robót budowlanych”, tj. wykonanie projektu i budowa linii światłowodowej na lądzie w ramach projektu Telkomsel Transmission Project, wskutek użycia w niej określenia „project”, mowa jest jedynie o wykonaniu projektu inwestycyjnego, a nie wykonaniu projektu w znaczeniu dokumentacji projektowej dla budowy linii światłowodowej na lądzie o długości łącznej co najmniej 100 km. Ponadto z żadnego punktu referencji nie wynika, aby zakres prac wykonanych w ramach projektu inwestycyjnego obejmował również wykonanie dokumentacji projektowej. Tym samym referencje jako nie odnoszące się do prac wskazanych w pozycji nr 1 nie mogą być uznane za dokument potwierdzający spełnienie sformułowanych przez zamawiającego warunków.

Podobnie w stosunku do referencji dotyczących należytej realizacji robót budowlanych wskazanych w pozycji nr 3 „Wykazu robót budowlanych”, tj. wykonania projektu i budowy linii światłowodowej na lądzie w ramach projektu PTCL Optical Fiber Acces Network Phase-I and Phase-II – z treści referencji nie wynika, aby zakres zrealizowanych prac obejmował poza dostawą i instalacją kabla światłowodowego również wykonanie dokumentacji projektowej. Referencje te nie określają też terminu zakończenia prac, do których się odnoszą. Jak wynika z art. 48 ust. 2 a) i) dyrektywy 2004/18/WE minimalne wymagania co do treści referencji są następujące: zaświadczenia wskazują wartość, datę i miejsce robót oraz określają, czy roboty zostały wykonywane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty odnoszące się do Qumak-Sekom S.A. wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego, a w razie rozpoznania odwołania – o jego uwzględnienie oraz wniósł o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym Wasko S.A. i zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania.

Zamawiający zakwestionował interes odwołującego we wniesieniu odwołania, bowiem zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie i doktrynie podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest wypełnienie materialnoprawnej przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zatem przepis może mieć zastosowanie jedynie w przypadku niedopuszczenia wykonawcy do prowadzonego postępowania lub jego wyeliminowania wskutek naruszenia przepisów. Korzystania ze środków ochrony prawnej nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia. Tym samym nie ma interesu we wniesieniu odwołania odwołujący na tym etapie postępowania, tj. w momencie, kiedy został zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania. Tym samym odwołanie jest bezzasadne i powinno zostać oddalone.

Co do zarzutu dotyczącego wykonania robót przez Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO Gołąbek Jadwiga i dotyczących ich referencji stwierdził, że po ponownej analizie treści referencji i porównania oryginalnej treści z tłumaczeniem, podzielił argumenty odwołania, iż zostało ono przetłumaczone w sposób co najmniej nieprawidłowy. Referencje wskazują, iż PTI ALGO wykonywała prace na rzecz 4 Global Networks Service LLC „przy wykonaniu”, a nie, jak wskazano w tłumaczeniu „wykonała następujące prace”.

Poza tym „Fiber Network Project” zostało przetłumaczone jako „projekt sieci światłowodowej”, co jest oczywistym błędem, ponieważ słowo „project” odnosi się w języku angielskim do całej inwestycji, a projekt w znaczeniu dokumentacji technicznej to „design”. Przy uwzględnieniu prawidłowego tłumaczenia pani Gołąbek wykonywała na rzecz 4 Global Networks Sernice LLC prace przy projekcie sieci światłowodowej, uzyskaniu niezbędnych pozwoleń i zgód, budowie kanalizacji, wdmuchiowaniu i spawaniu światłowodów. Także „all the work involved segment length of 500.000 feet (about 150.000 meters)” przy prawidłowym tłumaczeniu oznacza, iż całość prac zawierała odcinek o długości 500.000 stóp (ok. 150.000 metrów). W zestawieniu z faktem, iż referencje nie potwierdzają wykonania robót przez Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO Gołąbek Jadwiga, a jedynie nieokreślony udział w projekcie, roboty nie mogą być uznane za spełniające warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie pozycji nr 3 i 4 „Wykazu robót budowlanych” zamawiający podzielił argumentację odwołującego, iż są to jedne roboty budowlane i nie mogą być wskazywane

wielokrotnie.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 186 ust. 2 daje zamawiającemu prawo do uwzględnienia zarzutów odwołania i dokonania ponownej analizy własnego stanowiska i jego ewentualnej zmiany.

W zakresie zarzutów odnoszących się do braku określenia w treści przedstawionych przez Wasko S.A. referencji również projektowania – zamawiający badając tę pozycję bazował na treści „Wykazu robót budowlanych”, treść referencji ma jedynie potwierdzać wykonanie robót zgodnie ze sztuką budowlaną i ich prawidłowe ukończenie, a nie musi zawierać innych informacji. Podobnie w stosunku do pozycji nr 3.

Co do pominięcia w treści tych referencji terminu zakończenia prac, zamawiający dokonał analizy całej treści referencji wystawionych przez Pakistan Telecommunication Company Limited, zostały one wystawione z datą 17 grudnia 2007 r. (podpis osoby wystawiającej z datą 19 grudnia 2007 r.), a zatem biorąc pod uwagę cel i funkcje referencji zamawiający uznał, iż z tą datą wystawca uznał roboty za zakończone i sprawdzone, skoro zdecydował się poświadczyć to w dokumencie. Jednocześnie data wystawienia dokumentu wyklucza tezę o jego wystawieniu z zamiarem posłużenia się nim w przedmiotowym postępowaniu i ukrycia pewnych treści.

Złożenie wykazu wykonanych dostaw, usług czy robót budowlanych ma na celu potwierdzenie posiadania przez danego wykonawcę odpowiedniego doświadczenia. Do przedmiotowego wykazu załącza się dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, przy czym treść załączonego dokumentu ma potwierdzać właśnie ich należyte wykonanie, a to wykaz ma służyć ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem przystępującego – Qumak-Sekom S.A. zamawiający dokonując oceny wniosku tej spółki nie naruszył przepisów obowiązującego prawa. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym przystępującego.

Zarzuty w zakresie tłumaczenia referencji wystawionych przez 4 Global Networks Service LLC, jak i zakresu tych referencji, są niezasadne. Tłumaczenie to jest zgodne z prawdą i właściwie odzwierciedla treść dokumentu w języku angielskim. Przystępujący zwraca uwagę na stwierdzenie z punktu 3. referencji tj. „budowa kanalizacji, wdmuchiwanie i spawanie światłowodów” (construction of drains, blowing and welding of fiber optics), które to prace odpowiadają zakresowi doświadczenia wymaganego przez zamawiającego w ogłoszeniu.

Obowiązkiem odwołującego jest udowodnienie naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, a nie powoływanie się jedynie na domysły.

Odwołujący stwierdził, że 4 Global Networks Service LLC nie był inwestorem dla projektu i budowy linii światłowodowej w obszarze drogi stanowej US-95, jednak nie wskazał żadnych

dowodów na potwierdzenie niemożności wystawienia przez tę firmę przedmiotowych referencji. Co więcej, dla wystawienia referencji nie ma znaczenia, kto był inwestorem, ponieważ będąc nawet generalnym wykonawcą czy wykonawcą, prace można zlecić innemu podmiotowi i na potwierdzenie ich wykonania wystawić referencje.

Zarzut, iż prace w pozycji nr 3 i 4 „Wykazu robót budowlanych” stanowiły jedne roboty, jest niezasadny i nie poparty żadnymi dowodami. Na poparcie tego stanowiska przystępujący przedstawił pismo IN TELECOM, z którego wynika, w jego opinii, iż HAWE jako operator telekomunikacyjny jako inwestor budowała infrastrukturę telekomunikacyjną, tj. linię światłowodową na własne potrzeby, a jednocześnie wygrała przetarg na budowę linii światłowodowej dla Instytutu Chemii Bioorganicznej Poznańskiego Centrum Superkomputerowo – Sieciowego Polskiej Akademii Nauk i jako generalny wykonawca wykonywała na rzecz ICHB PAN PCSS prace polegające na budowie linii światłowodowej – zatem były to dwie roboty budowlane.

Z uwagi na złożenie dokumentów wystarczających do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia tych referencji, żądania ich uzupełnienia czy wyjaśnień, a tym bardziej do wykluczenia przystępującego z postępowania. Co do pisemnego zobowiązania IN TELECOM do udostępnienia zasobów – na wezwanie do wyjaśnień przystępujący skierował do zamawiającego szczegółowe wyjaśnienia i uzupełniania w zakresie wskazanym w tym wezwaniu. Załącznik nr 3 do tych wyjaśnień stanowi oświadczenie IN TELECOM skierowane do zamawiającego, w którym w ostatnim akapicie IN TELECOM wyraża zgodę na skorzystanie przez przystępującego z dodatkowych referencji wskazanych w pozycji nr 3 i 4 wykazu doświadczenia. Ponadto IN TELECOM złożyło zobowiązanie załączone do wniosku, z którego wynika, iż potencjał, jaki udostępnia to referencje na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: „budowa magistralnej linii światłowodowej relacji: Gdańsk – Elbląg – Olsztyn – Suwałki”. Oświadczenie o udostępnieniu zasobów w żaden sposób nie ogranicza się do 1. i 2. pozycji wykazu, lecz do wszystkich pozycji.

Co do prac wykonanych przez Jadwigę Gołąbek – widoczne jest, że referencje odnoszą się do danej pozycji wykazu, jest tam ta sama kwota, okres realizacji, długość światłowodu. To, że osoba, która napisała referencje, nie włada literackim angielskim, nie ma znaczenia. Tak samo użycie US czy USA, „the”, kształt pieczęci, itd. Przedstawiona przez odwołującego opinia lingwistyczna nie kwestionuje najważniejszej kwestii, czyli tego, czy pani Gołąbek prace wykonała. Jeśli odwołujący chciał wykazać, że tłumaczenie jest niepoprawne, powinien przedłożyć tłumaczenie przysięgłe. Nie musiały być też tłumaczone daty ani kto podpisał, ponieważ to widać na oryginale. Użycie w referencjach słowa „project” czy „design” nie ma znaczenia, gdyż, jak wskazuje sama opinia lingwistyczna, osoba sporządzająca referencje nie władała poprawnie językiem angielskim.

Przystępujący Wasko S.A. wniósł o oddalenie zarzutów i poparł stanowisko zamawiającego w zakresie braku interesu we wniesieniu odwołania.

Stwierdził, iż pod wzorem wykazu była uwaga, że należy załączyć dokumenty potwierdzające wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie. Wykonawca nie był zobowiązany do przestrzegania przepisu dyrektywy o zaświadczeniu, lecz wymogów ogłoszenia.

Art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazują, że to naruszenie przepisów ustawy skutkuje legitymacją procesową, a § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wskazuje na przedstawienie wykazu i dokumentów potwierdzających wykonanie. W wykazie są informacje o zaprojektowaniu, a w referencjach ma być jedynie wskazanie, że prace zostały wykonane z należytą starannością. Zwrócił też uwagę, iż odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie podnoszonych okoliczności.

Przedstawił oświadczenie złożone przez HUAWEI jako wykonawcę robót, że prace, które były wskazane w wykazie, zawierały również zaprojektowanie.

Niniejsze odwołanie było rozpatrywane łącznie za sprawą o sygn. akt KIO 1418/12.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego co do braku po stronie odwołującego interesu we wniesieniu odwołania.

Jak już Izba wskazała w odwołaniu o sygn. akt KIO 1418/12, samo zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania nie jest jeszcze w pełni realizacją interesów odwołującego. Celem, dla którego wykonawcy biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest bowiem samo uczestnictwo w procedurze przetargowej, ale wygranie przetargu i uzyskanie danego zamówienia. Tym samym wykonawcy mają interes w tym, by do kolejnego etapu postępowania przeszła jak najmniejsza liczba konkurentów, a już w szczególności w wyeliminowaniu tych wykonawców, którzy nie powinni być zaproszeni do składania ofert ze względu na to, że w ogóle nie spełniają warunków udziału

w postępowaniu. Oczywiście jest, że im większa liczba wykonawców ma możliwość złożyć ofertę, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez odwołującego. W przypadku natomiast, gdy za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania, lecz skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie został z niego wykluczony, *de facto* nastąpi eliminacja odwołującego – nie przez jego wykluczenie, ale przez to, że finalnie nie uzyska on zamówienia.

W dodatku, jeśli wykonawca nie zakwestionowałby oceny wniosków pozostałych wykonawców na tym etapie postępowania, zgodnie z przyjętymi w ustawie Prawo zamówień publicznych zasadami korzystania ze środków ochrony prawnej (terminy na ich wnoszenie), nie mógłby on już podnosić wskazanych w niniejszym odwołaniu zarzutów w momencie, kiedy ta szkoda się urzeczywistni, czyli w stosunku do oferty wybranej.

Zatem zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia i w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego może ponieść szkodę w postaci niezyskania tego zamówienia.

Ze względu na to, iż zamawiający nie uznał odwołania w całości, Izba rozpoznała wszystkie zarzuty odwołania.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania, zatem nie jest konieczne jego dodatkowe ustalenie przez Izbę, a w zakresie, w którym został przytoczony w poprzedniej części wyroku, nie ma konieczności jego powtarzania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego prac wskazanych w pozycji nr 3 i 4 „Wykazu robót budowlanych” Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż stanowią one jedno roboty budowlane.

Wykonanie danych prac jako dwóch oddzielnych robót budowlanych przystępujący opiera wyłącznie na tym, że ich zakres obejmował ułożenie dwóch linii światłowodowych, docelowo dla dwóch odbiorców. Nie jest sporne jednak, iż były one wykonywane – jak podał odwołujący – w tym samym miejscu, jednocześnie, przez ten sam podmiot, na podstawie jednej umowy i w oparciu o jedną dokumentację projektową oraz jedną organizację budowy. Zdaniem Izby okoliczności te jednoznacznie wskazują na to, że wykonawca wykonał tylko jedno roboty budowlane – i analogicznie jasne i logiczne jest, że gdyby zgodnie z wolą inwestora przedmiot realizacji obejmował położenie trzech, czterech czy pięciu kabli

światłowodowych, nie oznaczałoby to jeszcze wykonania trzech, czterech czy pięciu robót budowlanych.

Powyższe stanowisko potwierdzają zresztą złożone pisma.

W liście referencyjnym załączonym do uzupełnionego „Wykazu robót budowlanych” PBT HAWE Sp. z o.o. zawarła opis prac, z którego wynika, że prace wykonywane były na istniejącym rurociągu w relacji od miasta Elbląg do miasta Olsztyn, kabel światłowodowy zaciągnięty został w dwa otwory (jeden PBT HAWE, drugi ICHB PAN PCSS), po 115 km każdy, łącznie 230,46 km światłowodu.

W piśmie Przedsiębiorstwa Budownictwa Technicznego HAWE Sp. z o.o. z 19 lutego 2012 r. do Wojciecha Tomaszewskiego (nazywanego przez uczestników postępowania „IN TELECOM”) napisano, że sieć jest budowana wspólnie dla PCSS (Poznańskiego Centrum Superkomputerowo – Sieciowego Polskiej Akademii Nauk) i dla własnych potrzeb spółki, budowa ta jest finansowana w całości przez HAWE, a płatności od PCSS będą należne dopiero po całkowitym zakończeniu budowy.

Również pismo z PCSS do Wojciecha Tomaszewskiego z 28 stycznia 2009 r. wskazuje, że PBT HAWE Sp. z o.o. nie była w odniesieniu do PCSS generalnym wykonawcą inwestycji polegającej na położeniu światłowodu, lecz budowa linii światłowodowych dla ICHB PAN PCSS była realizowana przy okazji budowy własnych linii światłowodowych przez PBT HAWE Sp. z o.o., a HAWE prowadziła budowy linii światłowodowych na własny koszt i ryzyko w związku z własną inwestycją.

Wykonawca był już wzywany do uzupełnienia „Wykazu robót budowlanych” w tym zakresie, zatem ponowne uzupełnienie wykazu nie jest możliwe. Ponieważ, przy uznaniu pozycji nr 3 i 4 za jedne roboty budowlane, z „Wykazu robót budowlanych” nie wynika, aby wykonawca mógł się wykazać realizacją trzech wymaganych robót, zarzut odwołującego dotyczący niewykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu należy uznać za zasadny.

Co do treści zobowiązania pana Tomaszewskiego dotyczącego udostępnienia zasobów należy wskazać przede wszystkim, iż wykonawcy popełniają zasadniczy błąd pojęciowy – przedmiotem, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, jest wiedza i umiejętności danego podmiotu wynikające między innymi z nabytego przez niego doświadczenia, a nie „referencje”. Zatem podmiot albo ową wiedzę i doświadczenie ma i wykorzysta je przy realizacji zamówienia, albo też go nie ma, niezależnie czy uzyskał je przy okazji tej czy innej inwestycji. W swoim oświadczeniu z 29 lutego 2012 r. Wojciech Tomaszewski wskazał na wiedzę i doświadczenie w zakresie wskazanym w punkcie III.2.3. ppkt 1a ogłoszenia o zamówieniu, choć również błędnie odniósł się do referencji – jakkolwiek należy zwrócić uwagę, iż wszystkie cztery pozycje (nr 1 – 4) wykazu robót dotyczą budowy

magistralnej linii światłowodowej relacji: Gdańsk – Elbląg – Olsztyn – Suwałki, zatem trudno odnieść owe wspomniane w zobowiązaniu „referencje” konkretnie do którejs z nich.

Co do referencji dotyczących prac wykonanych przez panią Jadwigę Gołąbek (Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO Gołąbek Jadwiga) należy przyznać rację odwołującemu, że występują w nich wskazane przez niego błędy językowe. Jednak, jak wskazał przystępujący, istotny tu jest nie brak umiejętności językowych osoby, która je sporządzała, lecz udowodnienie, że informacje dotyczące zakresu realizacji zawarte w „Wykazie robót budowlanych” są nieprawdziwe. Tej okoliczności odwołujący nie wykazał, podobnie jak tego, że 4 Global Networks Service LLC nie był uprawniony do wystawienia tych referencji.

Nie oznacza to jednak, iż zamawiający, który powziął wątpliwości co do tych robót i uznał odwołanie w tym zakresie, jeśli stwierdzi, że jest to istotne dla postępowania, nie może tych okoliczności sprawdzić i wyjaśnić w trakcie ponownego badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Podobnie w przypadku innych realizacji zwartych w wykazie.

Co do „Wykazu robót budowlanych” i referencji przedstawionych przez Wasko S.A. dla pozycji nr 1 tego wykazu Izba stwierdziła, że w tej pozycji wykonawca w kolumnie „rodzaj roboty budowlanej” podał „wykonanie projektu i budowa linii światłowodowej na lądzie w ramach projektu Telkomsel Transmission Project” i załączył „Certyfikat realizacji projektu” („Project completion certificate”) w wersji angielskiej wraz z tłumaczeniem. Wynika z niego, że „następujący projekt został zrealizowany przez Huawei Technologies Co. Ltd. w dniu 31 listopada 2011 zgodnie z postanowieniami umowy – nazwa kontraktu: Telkomsel Transmission Project, główny system: sprzęt do transmisji i kabel światłowodowy, kwota kontraktu ponad 10 mln USD, kraj: Indonezja.”

Tym samym należy uznać, że przedstawiony certyfikat odnosi się do należytego wykonania całego projektu Telkomsel Transmission. Natomiast żeby stwierdzić, iż w zakres realizacji nie wchodziło wykonanie projektu budowlanego linii światłowodowej, należałoby zakwestionować prawdziwość informacji zawartych w opisie zawartym w „Wykazie robót budowlanych”, czego odwołujący ani nie zrobił, ani tym bardziej nie udowodnił.

Natomiast co do realizacji wskazanej w pozycji nr 3 „Wykazu robót budowlanych” Izba przyznała rację odwołującemu w tym zakresie, że z załączonego „zaświadczenia” z 17 grudnia 2007 r. nie wynika potwierdzenie należytego wykonania zakresu prac opisanego w wykazie, tj. należyte wykonanie projektu i budowy linii światłowodowej na lądzie w ramach projektu PTCL Optical Fiber Access Network Phase-I and Phase-II. W swojej

treści „zaświadczenie” wskazuje bowiem wyraźnie, że Huawei Technologies Co. Ltd. dostarczyło i zainstalowało 2170 km kabla światłowodowego firmy Yangtze Optical Fibre and Cable Company w ramach projektu sieć dostępu światłowodowego PTCL faza I i II od kwietnia 2004 r., co można odnieść tylko do samej budowy lub jej części.

Biorąc jednak pod uwagę, iż zgodnie z postawionym warunkiem, zamawiający wymagał wykonania co najmniej trzech robót budowlanych, których przedmiotem była budowla linii światłowodowych na lądzie o długościach łącznych co najmniej 100 km każda, przy czym tylko jedna musiała polegać nie tylko na budowie, ale i na zaprojektowaniu linii światłowodowej. Jeśli więc uznać, że roboty wskazane w pozycji nr 1 spełniają warunek w zakresie projektu i budowy linii, to dla robót z pozycji nr 3 wystarczające jest wykazanie tylko budowy linii – w odniesieniu do Wasko S.A. odwołujący ani nie postawił zarzutu, ani tym bardziej nie udowodnił, że zamieszczone w „Wykazie robót budowlanych” opisy zawierają nieprawdziwe informacje.

Co zaś do wymaganych informacji o realizacji robót, których dotyczą, należy wskazać, że regulacje zawarte w art. 48 ust. 2 pkt a) i) dyrektywy 2004/18/WE i w rozporządzeniu *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* są odmienne – w przeciwieństwie do dyrektywy, zgodnie z którą to zaświadczenia zadowalającego wykonania robót oprócz oceny, czy roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, mają wskazywać wartość, datę i miejsce robót. Natomiast zgodnie z polskim rozporządzeniem (§ 1 ust. 1 pkt 2 i 3) to wykazy dostaw, usług i robót budowlanych, a nie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie, mają te informacje zawierać. Tak też zostało wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu w wymogach co do przedstawienia dokumentów, do których wykonawcy musieli się zastosować.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....