

Sygn. akt KIO 1859/11

WYROK
z dnia 07 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) MP-Mosty Sp. z o.o. (Lider), FTI Polska Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dekerta 18, 30 – 703 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44 – 200 Rybnik**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) WBK Zabrze Sp. z o.o. (Lider), 2) PxM-Projekt- Południe Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Pawliczka 25, 41- 800 Zabrze** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1859/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu;**
2. **kosztami postępowania obciąża Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44 – 200 Rybnik, i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) MP-Mosty Sp. z o.o. (Lider), FTI Polska Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dekerta 18, 30 – 703 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złote zero groszy) przez **Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44 – 200 Rybnik** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) MP-Mosty Sp. z o.o. (Lider), FTI Polska Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dekerta 18, 30 – 703 Kraków**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Opracowanie dokumentacji projektowej - Budowa Regionalnej Drogi Racibórz - Pszczyna.*” (znak: ZP-3400/00006/11), zostało wszczęte przez Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44 – 200 Rybnik zwane dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 69-112592 w dniu 08.04.2011 r.

W dniu 19.08.2011 r. faxem przekazano zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum firm: 1) WBK Zabrze Sp. z o.o. (Lider), 2) PxM-Projekt - Południe Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Pawliczka 25, 41- 800 Zabrze zwane dalej: „*Konsorcjum WBK Zabrze*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum firm: 1) MP-Mosty Sp. z o.o. (Lider), FTI Polska Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dekerta 18, 30 – 703 Kraków zwane dalej: „*Konsorcjum MP-Mosty, FTI Polska*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 29.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 179 i 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”, Konsorcjum MP-Mosty, FTI Polska wniosło odwołanie. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.08.2011 r. (faxem). Odwołanie wniesiono od:

1) czynności Zamawiającego, tj. od czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum WBK Zabrze, jako oferty najkorzystniejszej, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołujących w dniu 19.08.2011 r. faksem, mimo, iż wykonawcy składający ofertę winni zostać wykluczeni z postępowania zgodnie z przepisami Pzp, a złożona przez nich oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego zgodnie z przepisami Pz;

2) zaniechania czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany, tj. od zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum WBK Zabrze i w konsekwencji zaniechania odrzucenia (względnie zaniechania uznania za odrzuconą) oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum WBK Zabrze, do których to czynności Zamawiający był zobowiązany w szczególności na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (wobec niewykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu) w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp; przy czym wyżej wskazanej czynności i zaniechaniu czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

I. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBK Zabrze, mimo iż wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem:

- a) mimo wezwania skierowanego przez Zamawiającego w dniu 09.08.2011 r., zgodnie z pkt 1) sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zwanej dalej: „KIO” z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt KIO 1467/11 oraz stanowiskiem KIO wyrażonym na str. 42 i 43 uzasadnienia tegoż wyroku, Konsorcjum WBK Zabrze nie przedstawiło wyjaśnień: *„umożliwiających jednoznaczne zidentyfikowanie podmiotu wskazanego w referencjach, wykazie i zobowiązaniu”*, przy czym przedłożone wyjaśnienia w sposób oczywisty nie pozwalały na rozstrzygnięcie wątpliwości co do tożsamości podmiotu określonego jako „Arup” w referencjach dotyczących usługi *„A30 Autoroute PPP Scheme”*, tym bardziej, że sami wykonawcy przyznali, że usługa była wykonywana również przez spółkę Arup Canada Inc., a zatem podmiot odrębny niż Ove Arup & Partners International Limited, na którego wiedzę i doświadczenie powołują się wykonawcy - w takiej sytuacji Zamawiający bez ponownego wzywania wykonawców do przedłożenia nowych referencji w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (jako że przedmiotowe referencje zostały już przedłożone w wykonaniu uprzedniego wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r.) winien był uznać, że Konsorcjum WBK Zabrze nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlegają wykluczeniu z postępowania;
- b) w wyniku wezwania skierowanego przez Zamawiającego w dniu 09.08.2011 r., zgodnie z pkt 1) sentencji wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11 oraz stanowiskiem KIO wyrażonym na str. 45 i 46 uzasadnienia tegoż wyroku, Konsorcjum WBK Zabrze przedstawiło nowy dokument wystawiony przez polski Oddział spółki Ove Arup & Partners International Limited (a zatem Oddział spółki, na której wiedzę i doświadczenie powołują się wykonawcy), stwierdzający, że wartość *„usług projektowych wykonanych przez firmę Ove Arup & Partners International Limited w ramach zadania A30 Autoroute PPP Scheme wynosiła 11.603.481,00 CAD (34.940.401,99 PLN - zgodnie z kursem walut NBP z d. 3.12.2010)”*, a zatem wskazujący inną wartość usług projektowych niż ta podana przez Konsorcjum WBK Zabrze w wykazie stanowiącym Załącznik nr 4 do oferty, gdzie wartość tychże usług została określona na 129.000.000 PLN, co w konsekwencji powoduje, iż wykaz stanowiący Załącznik nr 4 do oferty nie może być traktowany jako wiarygodny dokument potwierdzający spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie podlega on uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (jako że przedmiotowy wykaz został już przedłożony w wykonaniu uprzedniego wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r.)
- w takiej sytuacji Zamawiający bez ponownego wzywania wykonawców do przedłożenia lub sprostowania wykazu stanowiącego Załącznik nr 4 do oferty winien był uznać, że

Konsorcjum WBK Zabrze nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlegają wykluczeniu z postępowania;

II. art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechania odrzucenia (względnie zaniechanie uznania za odrzuconą) oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum WBK Zabrze, mimo iż jak wskazano w pkt I powyżej zaistniały przesłanki powodujące konieczności wykluczenia Konsorcjum WBK Zabrze z postępowania wobec niewykazania przez nich spełniania warunków udziału w postępowaniu;

III. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez ponowny wybór przez Zamawiającego oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum WBK Zabrze, jako oferty najkorzystniejszej, mimo, iż wykonawcy składający ofertę winni zostać wykluczeni z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a złożona przez nich oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp; Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i:

a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum WBK Zabrze, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołujących w dniu 19.08.2011 r. faksem;

b) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum WBK Zabrze;

c) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia, względnie uznania za odrzuconą, oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum WBK Zabrze;

d) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem lit. b) i c) powyżej i nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołujących, jako oferty najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu;

e) zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołujących wg. norm przepisanych tj. obciążenie kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa adwokackiego wynoszącymi 3.600,00 zł, w całości Zamawiającego i zasądzenie kosztów postępowania w całości od Zamawiającego na rzecz Odwołujących;

Ad. I a)

Zamawiający w wykonaniu wyroku zainicjował ponowne badanie i ocenę ofert, a w toku badania ofert skierował do Konsorcjum WBK Zabrze wezwanie z dnia 09.08.2011 r., w którym wezwał wykonawców na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie stanowiącym wykonanie poprzedniego wyroku, a w szczególności nakazów wyrażonych na str. 42 i 43 uzasadnienia wyroku, gdzie Izba podkreśliła, że: *„Izba uznała, iż istotnie użyte w treści listu referencyjnego z dnia 9 kwietnia 2010 r. dotyczącego zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” określenie wykonawcy zamówienia jako „Arup” nie*

pozwała na weryfikację przez Zamawiającego, czy podmiot, dla którego wystawiono referencje jest tym samym, którego doświadczenie wykazywane jest jako udostępniony zasób (Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii), co równocześnie decyduje o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Brak jest bowiem wskazania w referencji nazwy podmiotu w taki sposób, który pozwalałby na jego identyfikację i jednoznaczne powiązanie z treścią wykazu wykonanych zamówień oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów. Nie zostało też w żaden sposób wykazane, aby określenie „Arup” stanowiło skróconą nazwę Ove Arup S Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii. Nie wynika to również z dokumentów złożonych wraz z ofertą, w szczególności z zaświadczenia wydanego przez Naczelnika Urzędu Rejestrowego Spółek Anglii i Walii (the Registrar of Companies for England and Wales) z dnia 17 marca 2011 r. Powyższe jest o tyle istotne, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów dotyczy ściśle określonego podmiotu - Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, zostało podpisane przez przedstawicieli tego podmiotu upoważnionych do jego reprezentacji w Oddziale w Polsce, a zatem skuteczność zobowiązania uzależniona jest od tożsamości podmiotu wykonującego zamówienie oraz podmiotu udostępniającego zasoby. W ocenie Izby argumentacja, iż całość dokumentacji złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum pozwala na nie budzące wątpliwości stwierdzenie, że podmiot określony w referencjach jako „Arup” jest tożsamy z Ove Arup S Partners International Limited nie może być uznana za przekonywującą. Powyższe stwierdzenie znajduje bowiem potwierdzenie w wykazie wykonanych zamówień stanowiącym oświadczenie wykonawcy oraz zobowiązaniu podpisanym przez Ove Arup & Partners International Limited, a zatem podmiotów bezpośrednio lub pośrednio zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Brak jest natomiast jednoznacznego potwierdzenia tej okoliczności w dokumencie pozyskanym od podmiotu trzeciego. Uwzględniając zatem w szczególności brak precyzji w treści referencji co do określenia wykonawcy zamówienia, charakter działalności podmiotu udostępniającego zasoby obejmujący różne kraje, brak wiedzy o zasadach wykonywania tej działalności (sam Przystępujący przyznał, iż nie posiada wiedzy czy działalność prowadzona jest przez jeden podmiot czy też wiele odrębnych, powiązanych ze sobą), fakt realizacji zamówienia w Kanadzie - wszystkie te okoliczności powinny były skłonić Zamawiającego do zainicjowania procedury wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie może w tym zakresie zasłaniać się zasadą zaufania do oświadczeń przedkładanych przez wykonawców oraz brakiem normatywnych wymogów co do treści preferencji, ponieważ jest on zobowiązany do rzetelnej i wnikliwej weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec wszystkich wykonawców na zasadach równości. Tym samym brak możliwości jednoznacznego zidentyfikowania tożsamości podmiotu wskazanego w referencjach i wykazie (oraz zobowiązaniu) stanowi

wystarczającą podstawę wszczęcia postępowania wyjaśniającego. (...) potwierdzenie tych okoliczności czy też brak stosownej reakcji wykonawcy pozwala na uznanie, iż zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający winien zatem wystąpić do Konsorcjum o przedstawienie wyjaśnień w powyższym zakresie".

W ocenie Odwołującego oczywistym dla Izby było, iż identyfikacja podmiotu określonego jako „Arup” w treści referencji wystawionych dla zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” winna znaleźć potwierdzenie nie w oświadczeniach podmiotów „bezpośrednio lub pośrednio zainteresowanych udziałem w postępowaniu”, ale w dokumencie pozyskanym od podmiotu trzeciego. Wobec powyższego stanowiska Izby, które wobec niezaskarżenia Wyroku wiązało w całości Zamawiającego kuriozalne jest uznanie za wystarczające przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum WBP Zabrze za pismem z dnia 12.08.2011 r. (przesłanym Zamawiającego faksem w dniu 16.08.2011 r.). Zauważył, że na str. 59 uzasadnienia Wyroku Izba podkreśliła iż: „(...) brak wyczerpujących wyjaśnień może wiązać się z wykluczeniem Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.”

W jego ocenie, w treści wyjaśnień wskazano, iż zadanie „A 30 Autoroute PPP Scheme” miało być realizowane przez spółkę Arup Canada Inc. oraz rzekomo Ove Arup & Partners International Limited. Sami wykonawcy zatem jednoznacznie potwierdzili (przyjmując prawdziwość ich oświadczenia), że zadanie miało być realizowane przez co najmniej dwie spółki, które w swojej nazwie mają człon „Arup”. W tej sytuacji oczywistym jest, że co wynika nawet z wyjaśnień, nie da się w oparciu o jakiegokolwiek przedłożone dokumenty określić, która spółka mająca w nazwie człon „Arup” (a może jeszcze inna spółka, o której wykonawcy nie wspomnieli) otrzymała przedłożone referencje wystawione przez spółkę Nouvelle Autoroute 30 CJV, a mające potwierdzać należyte wykonanie usług.

W tym kontekście dalsza treść wyjaśnień nie usuwa jakichkolwiek wątpliwości co do identyfikacji podmiotu określonego w referencjach jako „Arup”, przy czym ich treść, jak stwierdził Odwołujący, jest absolutnie: „kuriozalna i urąga jakimkolwiek zasadom logiki”. Otóż wykonawcy przedkładają wraz z wyjaśnieniami kolejne dokumenty o charakterze wewnętrznym tj. wytworzone jak to ujęta Izba w Wyroku przez podmioty bezpośrednio lub pośrednio zainteresowanych udziałem w postępowaniu, które to dokumenty w dodatku wręcz pogłębiają wątpliwości co do tożsamości podmiotu wskazanego w referencjach. Otóż w ocenie wykonawców wyrażonej w treści Wyjaśnień zawarte w treści dokumentów oznaczenie:

- GN-Y (NY infra In ACI) ma potwierdzać wykonywanie usługi przez Arup Canada Inc. natomiast
- oznaczenia AC 1124 BE/HE Midlands i AC 1122 HE Midlands mają stanowić rzekomo oznaczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited.

Takie postawienie sprawy w wyjaśnieniach stanowi w istocie swoistą, jak wskazał

Odwołujący, „kpinę” z Zamawiającego oraz wyroku. Jakże bowiem skoro Izba wyraziła wątpliwości co do tożsamości podmiotu oznaczonego jako „Arup” twierdzić w wyjaśnieniach mających zgodnie z żądaniem Zamawiającego (i Wyrokiem) „*umożliwić jednoznaczne zidentyfikowanie podmiotu wskazanego w referencjach, wykazie i zobowiązaniu*”, iż całkowicie niejasne oznaczenia typu „GN-Y (NY Infra In ACI)” czy „AC 1124 BE/HE Midlands” lub „AC 1122 HE Midlands” identyfikują „jednoznacznie” spółkę Ove Arup & Partners International Limited jako wykonawcę któremu udzielono przedłożonych w postępowaniu referencji dla zadania „A30 Autoroute PPP Schemę”. Odwołujący wskazują, iż z tym samym stopniem „jednoznaczności” można twierdzić, że oznaczenia „AC 1124 BE/HE Midlands” lub „AC 1122 HE Midlands” identyfikują Odwołujących czy też jakiegokolwiek inne podmioty działające na rynku jako wykonawców zadania „A30 Autoroute PPP Scheme”.

Równocześnie z wyjaśnień i załączonych doń dokumentów, wytworzonych jak to ujęła Izba w wyroku przez podmioty bezpośrednio lub pośrednio zainteresowanych udziałem w postępowaniu, wbrew twierdzeniom wykonawców, w żaden sposób nie wynika jaki zakres prac miał rzekomo być wykonywany przez spółkę Ove Arup & Partners International Limited, a tym bardziej w żaden sposób nie wynika kto otrzymał przedłożone w Postępowaniu referencje Stwierdzenie „zakres usług activity group”, gdzie wymieniono „projekt drogowy i mostowy, nadzór nad projektem oraz koordynację wszystkich elementów projektu” w żaden sposób nie wskazuje, iż zakres ten miał być wykonywany przez Ove Arup & Partners International Limited, ani tym bardziej nie potwierdza, że Ove Arup & Partners International Limited (a nie np. Arup Canada Inc. czy inny podmiot) otrzymał przedłożone w postępowaniu referencje dla zadania „A 30 Autoroute PPP Scheme”.

Zauważył, że twierdzenia wykonawców, iż pojedyncza spółka Ove Arup & Partners International Limited została oznaczona w dokumencie jako „activity group” co w polskim tłumaczeniu znaczy „grupa zadaniowa” i w dodatku występowała pod dwoma oznaczeniami „AC 1124 BE/HE Midlands” oraz „AC 1122 HE Midlands” jest delikatnie mówiąc nielogiczne i w oczywisty sposób budzi uzasadnione wątpliwości, Trudno uzasadnić dlaczego powoływano by dwie odrębne „grupy zadaniowe” o różnych „kryptonimach”, które w dodatku składałyby się z jednej spółki. Oczywiście może taka jest specyfika działań w Kanadzie, natomiast trudno taką specyfikę domniemywać.

Podsumowując zacytował uzasadnienie poprzedniego wyroku, w którym Izba zaznaczyła, że: „Zamawiający nie może w tym zakresie zasłaniać się zasadą zaufania do oświadczeń przedkładanych przez wykonawców oraz brakiem normatywnych wymogów co do treści referencji, ponieważ jest on zobowiązany do rzetelnej i wnikliwej weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec wszystkich wykonawców na zasadach równości.” Tymczasem Zamawiający ponownie całkowicie zaufał wyjaśnieniom i dokumentom wytworzonym przez Konsorcjum WBP Zabrze, nie poddając ich jakiegokolwiek,

a tym bardziej rzetelnej i wnikliwej weryfikacji. Zamawiający w wezwaniu żądał przedłożenia przez wykonawców wyjaśnień, które umożliwią „jednoznaczne zidentyfikowanie podmiotu wskazanego w referencjach, wykazie i zobowiązaniu”. Wyjaśnienia skierowane przez wykonawców w żadnym razie nie spełniają tego warunku, a wręcz generują kolejne wątpliwości. Tymczasem Zamawiający przyjął wyjaśnienia bez zastrzeżeń, w sposób oczywisty naruszając tym samym swoje obowiązki wynikającego z wyroku jak również wynikające z Pzp. Szczególnie kuriozalnie brzmi stwierdzenie zawarte w protokole komisji przetargowej (który w dodatku nie został opatrzony datą), iż: „Wykonawca wyjaśnił, że zadanie „A 30 Autoroute PPP Scheme”, gdzie na referencjach jako wykonawca występuje „ARUP”, realizowane było przez Arup Canada Inc. oraz Ove Arup & Partner Intenational Limited. W tej sytuacji jednoznacznie została potwierdzona tożsamość podmiotu wskazanego w referencjach.” Zamawiający w sposób oczywisty przeczy sam sobie, bowiem przyjmując jego logikę (i dając wiarę wykonawcom) właśnie nie sposób ustalić, który z tych dwóch podmiotów otrzymał referencje, co ma przecież podstawowe znaczenie, jak to podkreślono w wyroku. Co znamienne nawet Zamawiający, niezwykle przychylny wykonawcom, nie uznał za stosowne odnieść się w protokole do twierdzeń wykonawców co do rzekomych „kryptonimów” nadanych spółkom. Jak wskazała Izba na str. 43 uzasadnienia Wyroku: „potwierdzenie tych okoliczności czy też brak stosownej reakcji wykonawcy pozwala na uznanie, iż zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.”, natomiast na str. 59 uzasadnienia wyroku Izba podkreśliła iż: „(..) brak wyczerpujących wyjaśnień może wiązać się z wykluczeniem Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.”

Wobec oczywiście niewystarczającej i niewyczerpującej treści wyjaśnień należy uznać, że w stosunku, do Konsorcjum WBP Zabrze, zaistniała przesłanka ich wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że referencje dotyczące zadania „A 30 Autoroute PPP Scheme” przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze nie podlegają ponownemu uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem referencje te zostały już raz uzupełnione w wykonaniu uprzedniego wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r.

Ad. I b) Zamawiający, jak już wskazano, w wykonaniu wyroku zainicjował ponowne badanie i ocenę ofert, a w toku badania ofert skierował do Konsorcjum WBP Zabrze wezwanie z dnia 09.08.2011 r., w którym wezwał wykonawców na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień także w zakresie wartości usług projektowych i terminu ich zakończenia. Przedmiotowe wezwanie we wskazanym zakresie miało stanowić wykonanie wyroku, a w szczególności nakazów wyrażonych na str. 45 i 46 uzasadnienia. W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum WBP Zabrze stwierdziło w wyjaśnieniach iż załącza na ta okoliczność oświadczenie podmiotu trzeciego. W ramach niego wskazano inną wartość

usług projektowych niż ta podana przez Konsorcjum WBP Zabrze w wykazie stanowiącym Załącznik nr 4 do oferty, gdzie wartość tychże usług projektowych została określona na 129.000.000 PLN, co w konsekwencji powoduje, iż wykaz stanowiący Załącznik nr 4 do oferty nie może być traktowany jako wiarygodny dokument potwierdzający spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że zgodnie z jednolitym orzecznictwem KIO w trybie wyjaśnień nie można dokonywać zmiany już złożonych dokumentów - w przedmiotowym przypadku zmiany wykazu stanowiącego Załącznik nr 4 do oferty. Przywołano wyrok KIO z dnia 05.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 150/08. Niewątpliwie zmiana kwoty 129.000.000 PLN na kwotę 34.940.401,99 PLN nie stanowi sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej czy rachunkowej, ale istotną zmianę Załącznika nr 4 do oferty, która w dodatku nie została sformułowana w treści wyjaśnień, ale wykonawcy próbują jej dokonać poprzez przedłożenie dokumentu wystawionego przez spółkę Ove Arup & Partners Intenational Limited. Co znamienne wykonawcy w treści wyjaśnień w żaden sposób nie tłumaczą skąd rozbieżność pomiędzy kwotą podaną w treści Załącznika nr 4 do oferty, a kwotą podaną w oświadczeniu spółki Ove Arup & Partners Intenational Limited. Poprzez zaniechanie złożenia wyjaśnień w tym zakresie wykonawcy przesadzili, że Zamawiający winien był uznać treść Załącznika nr 4 do oferty za niewiarygodny (wobec oczywistych rozbieżności z treścią oświadczenia spółki Ove Arup & Partners Intenational Limited) i w konsekwencji nie stanowiący dowodu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie oświadczenie spółki Ove Arup & Partners Intenational Limited również nie może być takim dowodem, gdyż niewątpliwie nie jest możliwe przedkładanie nowych dokumentów wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp. W takiej sytuacji Zamawiający bez ponownego wzywiania wykonawców do przedłożenia lub sprostowania wykazu stanowiącego Załącznik nr 4 do oferty (jako że przedmiotowy wykaz został już przedłożony w wykonaniu uprzedniego wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r.) winien był uznać, że Konsorcjum WBP Zabrze nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlegają wykluczeniu z postępowania.

Ad. II i III)

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w pkt I powyżej Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp i w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający naruszył przepisy Pzp poprzez powtórny wybór oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze, jako oferty najkorzystniejszej mimo, iż wykonawcy składający ofertę winni zostać wykluczeni z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a złożona przez nich oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający w dniu 31.08.2011 r. wezwał e-mailem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.09.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum WBK Zabrze zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania. Uczestnik postępowania odwoławczego stwierdza, co następuje: Wykonując wyrok KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11, Zamawiający wezwał Uczestnika postępowania odwoławczego do wyjaśnienia:

- 1) czy podmiot wymieniony w referencjach dla zadania: „A30 Autoroute PPP Scheme” jest Ove Arup & Partners International Limited,
- 2) jaka była wartość usług projektowania świadczonych w ramach zadania: „A30 Autoroute PPP Scheme” oraz data ich zakończenia.

Uczestnik postępowania odwoławczego uczynił w pełni zadość temu wezwaniu w piśmie z dnia 12 sierpnia 2011 r., ponieważ nie tylko złożył wyjaśnienia, lecz nadto poparł je dodatkowymi dokumentami mimo braku takiego obowiązku. Jak wynika bowiem z definicji zamieszczonej w Podręcznym słowniku języka polskiego (E. Sobol, Warszawa 1996), słowo: „wyjaśnić” oznacza uczynić coś jasnym, zrozumiałym, podać powody, umotywić. Nie świadczy to zatem w żaden sposób o konieczności potwierdzenia złożonego oświadczenia innymi dokumentami, ponieważ takie działanie byłoby tożsame z udowodnieniem, a do żądania tego przepis art. 26 ust. 4 Pzp nie uprawnia Zamawiającego. Pogląd ten został podzielony w komentarzu autorstwa Włodzimierza Dzierżanowskiego, Jarosława Jerzykowskiego i Małgorzaty Stachowiak: *„Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń. Prawo do uzyskania wyjaśnień nie oznacza uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia. W szczególności zamawiający, który wobec któregośkolwiek z wykonawców powziął wątpliwości co do rzetelności oświadczeń, nie może - jeśli nie zażądał tego, wszczynając postępowanie - zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego warunku.”* W niniejszym przypadku, podążając za takim rozumowaniem Odwołującego, należałoby uznać, że Przystępujący, jak wskazał, powinien udzielić wyjaśnień poprzez przedłożenie dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego, tj. od inwestora realizującego zadanie: „A30 Autoroute PPP Scheme”, ponieważ tylko on jest w stanie określić, któremu przedsiębiorcy posiadającemu w nazwie „Arup” udzielił referencji. Takie stanowisko jest rażąco sprzeczne z art. 26 ust. 4 Pzp, bowiem prowadzi

w konsekwencji do uzupełnienia dokumentu referencji poprzez złożenie nowego, a wyciągnięcie przez Odwołującego takiego wniosku z treści uzasadnienia wyroku Izby z dnia 26.07.2011 r. jest nieuprawnione. Ponadto nie sposób podzielić wątpliwości Odwołującego dotyczących tego, któremu z podmiotów faktycznie realizujących zadanie, a posiadających wyraz „Arup” w nazwie, rzeczywiście udzielono referencji. Jak wskazano w wyjaśnieniach, zadanie to było realizowane wspólnie przez Ove Arup & Partners International Limited oraz Arup Canada Inc. Sytuacja taka była przedmiotem licznych rozstrzygnięć KIO, która zajmowała stanowisko, że konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, do wykazania swego doświadczenia (wyrok KIO z dnia 22.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 99/08; wyrok KIO z dnia 08.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 886/08). Tym samym może on posługiwać się tymi referencjami, udostępniając innemu wykonawcy swoje doświadczenie. Mając to na uwadze, wątpliwości Odwołującego w tej kwestii - jednoznacznie wyjaśnione przez Uczestnika postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 12.08.2011 r. - są bez znaczenia.

Odnosząc się do podwójnego oznaczenia Ove Arup & Partners International Limited użytego w piśmie z dnia 12 sierpnia 2011 r. (AC 1124 BK/HE Midlands i AC 1122 HE Midlands, tworzące activity group), które budzi ogromne wątpliwości Odwołującego, wyjaśniam, iż wymienione jednostki stanowią zespoły drogowy i mostowy, funkcjonujące w ramach Ove Arup & Partners International Limited.

Podkreślił, że Odwołujący usiłuje kwestionować prawdziwość oświadczenia Przystępującego złożonego w piśmie z dnia 12.08.2011 r., jednak nie przedkłada żadnych dowodów na poparcie swojego stanowiska. Podobnie nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego dotyczącymi wyjaśnień w zakresie wartości zadania: „A30 Autoroute PPP Scheme” i daty jego zakończenia. KIO w wyroku z dnia 26.07.2011 r. uznała za zasadne wyjaśnienie tych kwestii z uwagi na fakt, że zgodnie z referencjami zadanie to obejmowało nie tylko usługi projektowe, lecz także nadzór autorski. Nadmienić należy, że Izba oceniła jako uzasadnione przypuszczenie, iż wymóg wartościowy został spełniony, a żądanie wyjaśnień umotywowano wyłącznie względami formalnymi. Niezasadnym jest zatem zarzut, że rozbieżności pomiędzy danymi wartościowymi wskazanymi w wykazie wykonanych zamówień i wyjaśnieniach podważają wiarygodność wykazu, ponieważ kwota 129.000.000 PLN została podana w rubryce „Wartość brutto wykonanej usługi” bez doprecyzowania, że chodzi o usługę projektową, co uzasadniało podanie kwoty całego zamówienia: „A30 Autoroute PPP Scheme”. Natomiast w wyjaśnieniach, Przystępujący, jedynie doprecyzował wartość wyłącznie usługi projektowej poprzez wskazanie jej w dokumencie stanowiącym załącznik do wyjaśnień (pisma z dnia 12.08.2011 r.). W tej sytuacji niezrozumiałym jest twierdzenie Odwołującego, że oświadczenie Ove Arup & Partners International Limited nie

może stanowić dowodu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ przedkładanie nowych dokumentów trybie wyjaśnień jest niemożliwe. Za oczywiste należy uznać bowiem, że, jak już wspomniano powyżej, oświadczenie Ove Arup & Partners International Limited stanowi jedynie załącznik do wyjaśnień Uczestnika postępowania odwoławczego, uzupełniając ich treść, a nic nowy dokument podmiotowy. Nie podziela stanowiska Odwoływającego, iż z tego powodu wykaz nie może być traktowany jako wiarygodny dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stanowiąc podstawę wykluczenia z postępowania. Taka przesłanka wykluczenia nie została bowiem wymieniona w art. 24 Pzp. Odwoływający zdaje się również zapominać, że przesłanką wykluczenia unormowaną w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp jest niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego Uczestnikowi postępowania odwoławczego nie sposób zarzucić. Biorąc powyższe pod uwagę, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp są nieuzasadnione w jego ocenie.

W dniu 06.09.2011 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosilo o oddalenie w całości odwołania. Oryginał odpowiedzi na odwołanie oraz dwa odpisy dla Odwoływającego i Przystępującego Zamawiający przedłożył na rozprawie. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów:

Ad. I a)

W ocenie Zamawiającego nie miał podstaw do kwestionowania przedstawionych informacji w wyjaśnieniach i uznał je za wystarczające do ustalenia tożsamości podmiotu określonego jako „Arup” w referencjach dotyczących usługi „A30 Autoroute PPP Scheme”. Ponadto wskazał, iż zgodnie z powszechnym orzecznictwem KIO, Wykonawcy przysługuje prawo do powoływania się na doświadczenie w realizacji całego przedmiotu zamówienia, mimo że zamówienie wykonane zostało wspólnie z innymi podmiotami tworzącymi konsorcjum (sygn. akt KIO/UZP 176/10). Stanowisko to jest zgodne z samą ideą i celem konsorcjum, jakim jest połączenie swoich potencjałów technicznych i doświadczenia przez Wykonawców, którzy każdy z osobna nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. Za dopuszczalnością powoływania się na doświadczenie nabyte przy realizacji zamówienia w ramach współpracy z innymi podmiotami, w innym konsorcjum przemawia także regulacja art. 141 Pzp, wprowadzająca bezwzględnie obowiązującą solidarną odpowiedzialność Wykonawców, wchodzących w skład konsorcjum za wykonanie umowy. Zaprezentowane stanowisko Zamawiającego znajduje swoje oparcie nie tylko w orzecznictwie KIO (wyrok z dnia 05.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1187/09, wyrok z dnia 05.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 111/09), ale także zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 02.12.2009 r., sygn. akt:

X Ga 332/09. Dodatkowo, zdaniem Zamawiającego, strona formułująca zarzuty odnośnie prawdziwości wyjaśnień składanych przez Konsorcjum WBP Zabrze winna je udowodnić. Kierowanie się domysłami i przemyśleniami bez ich oparcia o konkretny materiał dowodowy w ocenie Zamawiającego jest niewystarczające.

Ad. I b) Zamawiający wskazał, że w zakresie drugiej kwestii spornej, nie rozumie postawionego zarzutu. Zgodnie z wyrokiem w niniejszej sprawie stwierdzono, iż „*Referencje wyraźnie wskazują, iż zakres prac obejmował nie tylko wykonanie usług projektowych, lecz również nadzór budowlany. W treści wykazu wykonanych zamówień nie dokonano podziału rodzajowego i wartościowego usług. Brak jest również przeliczenia wartości prac na PLN, pomimo sformułowania takiego wymogu w SIWZ. Równocześnie nie określono ani waluty kontraktu ani szczegółowej daty zakończenia realizacji usług projektowych, co nie pozwala na weryfikację podanych informacji przez Zamawiającego. Oczywiście, uwzględniając choćby podany w referencjach zakres i rodzaj wykonanych prac (tj. projektowanie i nadzór 42 km autostrady, 32 mostów i tunelu pod kanałem Soulanges), w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, iż wymóg wartościowy został spełniony, jednak równocześnie zasady obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uniemożliwiają opieranie się na przypuszczeniach. Stąd z formalnego punktu widzenia zasadnym jest uzyskanie w tym zakresie wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i Zamawiający zobligowany jest o powyższe wyjaśnienia wystąpić*”. Wykonując ww. postanowienie wyroku Zamawiający wezwał Konsorcjum Zabrze do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W złożonych wyjaśnieniach została doprecyzowana wartość usług projektowych wykonanych w ramach całego przedsięwzięcia, tj. 11.603.481,00 CAD (34.940.401,99 PLN - zgodnie z kursem walut NBP z dnia 03.12.2010 r. - data zakończenia usługi). W związku z powyższym dopełniając formalności należało uznać, iż został spełniony „wartościowy” warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w SIWZ.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Przystępującego, wykazem i referencją (oryginalną wersją angielską oraz tłumaczeniem na język polski) wraz z zobowiązaniem podmiotu trzeciego przedłożonymi przez Przystępującego w wykonaniu uprzedniego wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r., wyrokiem KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11, wezwaniem z dnia 09.08.2011 r. wystosowanym przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnieniami udzielonym przez Przystępującego na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 12.08.2011 r. – wpływ 16.08.2011 r.) wraz z załącznikami

(dokumentem wewnętrznym - oryginalną wersją angielską oraz tłumaczeniem na język polski oraz oświadczeniem od polskiego oddziału Ove Arup & Partners International Limited.), zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.08.2011 r., odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie (oryginał przedłożony na rozprawie), wydrukiem ze strony internetowej zawierającym listę 53 spółek mających w swojej nazwie słowo „ARUP” i funkcjonujących w ramach tej grupy kapitałowej przedłożonym przez Odwołującego na rozprawie, kopią protokołu Komisji Przetargowej z dnia 18.08.2011 r. przedłożona na rozprawie przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert, zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1467/11 oraz o sygn. akt: KIO 1859/11, postanowienia SIWZ, wykaz i referencję (oryginalna wersja angielska oraz tłumaczenie na język polski) wraz z zobowiązaniem podmiotu trzeciego przedłożonymi przez Przystępującego w wykonaniu uprzedniego wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r., wyrok KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11, wezwanie z dnia 09.08.2011 r. wystosowane przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 12.08.2011 r. – wpływ 16.08.2011 r.) wraz z załącznikami (dokumentem wewnętrznym - oryginalną wersją angielską oraz tłumaczeniem na język polski oraz oświadczeniem od polskiego oddziału Ove Arup & Partners International Limited.), zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.08.2011 r., odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie (oryginał przedłożony na rozprawie).

Izba dopuściła jako dowód także wydruk ze strony internetowej zawierający listę 53 spółek mających w swojej nazwie słowo „ARUP” i funkcjonujących w ramach tej grupy kapitałowej przedłożony przez Odwołującego na rozprawie oraz kopię protokołu Komisji

Przetargowej z dnia 18.08.2011 r. przedłożoną na rozprawie przez Zamawiającego.

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

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

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBK Zabrze, mimo iż nie wykazano spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem mimo wezwania skierowanego przez Zamawiającego w dniu 09.08.2011 r., zgodnie z pkt 1) sentencji wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11 oraz stanowiskiem KIO wyrażonym na str. 42 i 43 uzasadnienia tegoż wyroku, Konsorcjum WBK Zabrze nie przedstawiło wyjaśnień: „*umożliwiających jednoznaczne zidentyfikowanie podmiotu wskazanego w referencjach, wykazie i zobowiązaniu*”, przy czym przedłożone wyjaśnienia w sposób oczywisty nie pozwalały na rozstrzygnięcie wątpliwości, co do tożsamości podmiotu określonego jako „*Arup*” w referencjach dotyczących usługi „*A30 Autoroute PPP Scheme*”, tym bardziej, że wyjaśniając przyznano, że usługa była wykonywana również przez spółkę Arup Canada Inc., a zatem podmiot odrębny niż Ove Arup & Partners International Limited, na którego wiedzę i doświadczenie powołują się Przystępujący - w takiej sytuacji Zamawiający bez ponownego wzywania wykonawców do przedłożenia nowych referencji w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (jako że przedmiotowe referencje zostały już przedłożone w wykonaniu uprzedniego wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r.) winien był uznać, że Konsorcjum WBK Zabrze nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlegają wykluczeniu z postępowania, Izba uznała, że niniejszy zarzut potwierdził się odnośnie nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego w zakresie wykazania przez Konsorcjum WBK Zabrze spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem Ove Arup & Partners International Limited. Jednakże, z uwagi na fakt, że instytucja wynikająca z art. 26 ust.4 Pzp nie ma charakteru jednorazowego, a gdy zaistnieje taka konieczność może zostać powtórzona, gdy wydaje się to działaniem celowym. Izba uznała konieczność powtórnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do czego odniesie się w dalszej części uzasadnienia.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach wezwania z dnia 09.08.2011 r. stanowiącym wykonanie wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11 Zamawiający zawarł następujące stwierdzenie:

„1) z uwagi na brak precyzji w treści referencji co do określenia wykonawcy zamówienia

zadania „A30 Autoroute PPP Scheme”, która nie pozwala na weryfikację czy Wykonawca określony w referencjach jako „ARUP” jest tym samym, którego doświadczenie wykazywane jest jako udostępniony zasób (Ove Arup & Partners International Limited), proszę o złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie. Złożone wyjaśnienia powinny umożliwić jednoznaczne zidentyfikowanie podmiotu wskazanego w referencjach, wykazie i zobowiązaniu.”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum WBP Zabrze złożyło wyjaśnienia (pismo z dnia 12.08.2011 r. – wpływ 16.08.2011 r.), z których wynika iż firma Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania, reprezentowana w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce zrealizowała wraz z Arup Canada Inc w ramach konsorcjum zadanie pn. „A30 Autoroute PPP Scheme”. Dodatkowo w ramach wyjaśnień został dołączony dokument wewnętrzny (wersja oryginalna w języku angielski wraz z tłumaczeniem na język polski) dotyczący realizacji ww. zadania w którym zamiast nazw Wykonawców posługiwano się skrótami, których znaczenie zostało opisane w wyjaśnieniach: „Na potwierdzenie powyższych twierdzeń załączamy (...) dokument dotyczący realizacji zadania „A30 Autoroute PPP Scheme”, podpisany przez Dyrektora projektu i Managera projektu obu wyżej wymienionych podmiotów realizujących to zadanie, z którego wprost wynikają dwa podstawowe fakty:

- 1) OVE Arup & Partners Interanational Limited, Wielka Brytania brał udział w realizacji tego zadania,
- 2) zakres jego uczestnictwa w tym zadaniu jest tożsamy z zakresem udostępnianym konsorcjum w składzie: WBP Zabrze Sp. z o.o. oraz PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. na potrzeby przedmiotu zamówienia, tj. obejmuje wykonanie wszystkich prac projektowych wymaganych w warunku doświadczenia sformułowanym w SIWZ.

Na drugiej stronie dokumentu Activity Briefing Sheet znajduje się wykaz wykonawców usługi podanej w referencji, gdzie oprócz inwestora czyli Nouvelle Autoroute 30 CJV S.E.N.C. figurują dwie firmy: GN-Y (NY Infra in ACI) nazwana na potrzeby zadania także jako Project group oraz AC 1124 BE/HE Midlands i AC 1122 HE Midlands jako Activity Group. Rozszyfrowując użyte w piśmie skróty wyjaśniamy, że GN-Y (NY Infra In ACI) to Arup Canada Inc, natomiast AC 1124 BE/HE i AC 1122 HE Midlands to oznaczenie Ove Arup & Partners Interantional Limited, Wielka Brytania, który udostępnił nam swoje doświadczenie. Na stronie pierwszej tego dokumentu w akapicie ..”Scope of activity group services (including Design Activity) w tłumaczeniu “zakres usług activity group: wyszczególniono, iż Activity Gruop wykonywał projekt drogowy, mostowy, nadzór nad projektem oraz koordynacje wszystkich elementów projektu. Wyjaśnienia te jednoznacznie stwierdzają, że podmiot wskazany w liście referencyjnym to podmiot, który udostępnia nam zasoby w postaci doświadczenia”

Załączony 3 - stronicowy dokument wewnętrzny (wersja oryginalna w języku angielski

wraz z tłumaczeniem na język polski). Zawiera oznaczenia, do których odnosi się Przystępujący, jednakże ich znaczenie nie wynika, z treści załączonego dokumentu, lecz z pisma wyjaśniającego Przystępującego. W ramach dokumentu znajdują się (str.3) podpisy za „*Activity Group*” – *Mike Carr*, za „*project group*” - *Don Philips*. Ponadto, na str. 2 dokumentu wskazano jako osoby kontaktowe - GN-Y (NY Infra in ACI) - *Don Philips* oraz *Paul Misson*. Zaś, jako osoby kontaktowe - AC 1124 BE/HE i AC 1122 HE Midlands – Nigel Hailey oraz Mike Carr.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Odwołujący wyszedł z założenia, że wystarczy wykazanie niejednoznaczności otrzymanych wyjaśnień i powołanie się na fragmenty wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11, aby w konsekwencji wykazać nie wykonanie wcześniejszego orzeczenia Izby, w odniesieniu do nie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu. Należy jednakże wskazać, że mimo, iż istotnie sentencja zawierała odniesienie do uzasadnienia, co uczyniło je bezsprzecznie wiążącym, to z uzasadnienia nie wynika wprost literalny nakaz nałożony na Zamawiającego, który wywodzi Odwołujący w ramach złożonego odwołania (str. 43 i 59 uzasadnienia poprzedniego wyroku). Dodatkowo, należy zauważyć, że Izba kieruje się zawsze zasadą, iż decyzja w zakresie wykluczenia określonego Wykonawcy znajduje się w suwerennej gestii Zamawiającego. W rezultacie Zamawiający, mógł dokonać czynność wnioskowanej przez Odwołującego, jak i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba zawsze bierze pod uwagę możliwość zaistnienia różnych okoliczności np. unieważnienia prowadzonego postępowania, czy też innych przesłanek mogących skutkować wykluczeniem Wykonawcy, czy też odrzuceniem jego oferty.

Po drugie, ani wydruk ze strony internetowej zawierający listę 53 spółek mających w swojej nazwie słowo „*ARUP*” i funkcjonujących w ramach tej grupy kapitałowej przedłożony na rozprawie przez Odwołującego, ani kopia protokołu Komisji Przetargowej z dnia 18.08.2011 r. przedłożona na rozprawie przez Zamawiającego nie potwierdzają jednoznacznie stanowisk żadnej ze stron. Pierwsze, gdyż opiera się tylko i wyłącznie na błędnym założeniu wskazanym powyżej, przy czym nie zawiera w sobie żadnych dodatkowych wiarygodnych treści oprócz listy 53 spółek, zaś drugie nie dostrzega istoty problemu, który zaistniał w przedmiotowym stanie faktycznym i w sposób mało wnikliwy i weryfikowalny ocenia złożone pismo wyjaśniające (pismo z dnia 12.08.2011 r. – wpływ 16.08.2011 r.) wraz w tym wypadku 3 stronicowym załącznikiem (oryginał i tłumaczenie). Należy bowiem przyznać trafność stanowiska Odwołującego, że poprzednie orzeczenie zwracało uwagę na konieczność oceniania złożonych wyjaśnień w sposób bardziej wnikliwy (str. 42 uzasadnienia).

Po trzecie, w toku postępowania odwoławczego Zamawiający oraz Przystępujący powoływali się na orzecznictwo dotyczące kwestii uznawania wspólnego doświadczenia w ramach konsorcjum, jednakże niniejsza kwestia nie była przedmiotem wyjaśnień. Izba podziela stanowisko wynikające z przywołanych orzeczeń, a oparte na celu jaki przyświeca powoływaniu konsorcjum. Należy jednakże zauważyć, że z informacji ogólnie dostępnych wynika, że istotnie wykazywane zadanie: „A30 Autoroute PPP Scheme” realizowane było przez konsorcjum w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, jednakże Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania nie było jego uczestnikiem. Przykładowo: „Nouvelle Autoroute 30, SENC składa się z Acciona Koncesje Kanada Inc Iridium Koncesje Kanada Inc Acciona Infrastruktura Kanada Inc Dragados Kanada Inc Sice, Arup Kanada Inc, Budownictwo DJL Inc Verreault Inc „,

(http://translate.google.pl/translate?hl=pl&sl=en&u=http://dconl.com/article/id30660&ei=m0JnTt_JGdGD-waYq9TjCw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=16&sqi=2&ved=0CJcBEO4BMA8&prev=/search%3Fq%3Dnouvelle%2BAutoroute%2B30%26hl%3Dpl%26biw%3D1093%26bih%3D446%26prmd%3Dimvns).

„Nouvelle Autoroute 30, składający się z: - Acciona SA - Iridium concesiones de Infraestructuras SA - Groupe Axor Inc - Acciona Infraestructuras SA - Dragados SA Sice - Arup Kanada Inc”

(http://translate.google.pl/translate?hl=pl&sl=en&u=http://www.autoroute30.qc.ca/en/nouvelles-detail.asp%3Fid%3D48&ei=m0JnTt_JGdGD-waYq9TjCw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=9&sqi=2&ved=0CFYQ7gEwCA&prev=/search%3Fq%3Dnouvelle%2BAutoroute%2B30%26hl%3Dpl%26biw%3D1093%26bih%3D446%26prmd%3Dimvns).

„74 km A-30 projektu Autostrada znajduje się na południowy zachód od Montrealu. Składa się ono z projektowaniem, budową, odbudową i finansowania około 42 km autostrady między Vaudreuil-Dorion i Châteauguay (z uwzględnieniem pięciu głównych prac, w tym 2,5 km mostu nad St Lawrence Seaway) oraz eksploatacji, konserwacji i rehabilitacji dodatkowe 32 km autostrady, w większości znajduje się między Châteauguay i La Prairie.

Innych podmiotów uczestniczących w transakcji, bezpośrednio i pośrednio, były Nouvelle Autoroute 30 CJV, SENC, Acciona Infrastruktura Kanada Inc Dragados Kanada Inc DJL Inc Arup Kanada Inc Sociedad Iberica de Constructiones Electricas SA (Sice), a Verreault Inc „

(<http://translate.google.pl/translate?hl=pl&sl=en&u=http://www.fmc-law.com/People/HenrieMylene.aspx%3Fw%3D%257BE97EC5BF-939F-4827-A037-4020739E1DDF%257D&ei=CEInTo3NJIWe-QbzkcjCw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=6&sqi=2&ved=0CFMQ7gEwBQ&prev=/search%3Fq%3DArub%2Bkanada%2Binc%2Bnouvelle%2BAutoroute%2B30%26hl%3Dpl%26biw%3D1093%26bih%3D446%26prmd%3Dimvns>).

Z drugiej strony, Odwołujący nie przedłożył żadnego wiarygodnego dowodu na potwierdzenie, że „ARUP” wymienione w kwestionowanej referencji to Arup Canada Inc, a nie Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania. Jednocześnie, osoba wskazana w dokumencie wewnętrznym załączonym do wyjaśnień Nigel Hailey jest osobą wskazaną w sposób pośredni w strukturze organizacyjnej Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania (kierownik, dyrektor) w ramach informacji ogólnie dostępnych na

stronach internetowych:

http://translate.google.pl/translate?hl=pl&sl=en&u=http://www.arup.com/About_us/A_people_business/People/Global_Highway_s.aspx&ei=oWpnToPzEMnO-QbFIZnBCw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=3&sqi=2&ved=0CC0Q7gEwAg&prev=/search%3Fq%3Dnigel%2Bhailey%26hl%3Dpl%26biw%3D1093%26bih%3D446%26prmd%3Dimvns0), czy też

<http://translate.google.pl/translate?hl=pl&sl=en&u=http://uk.linkedin.com/pub/nigel-hailey/12/4ba/8b1&ei=oWpnToPzEMnO-QbFIZnBCw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=5&sqi=2&ved=0CEAQ7gEwBA&prev=/search%3Fq%3Dnigel%2Bhailey%26hl%3Dpl%26biw%3D1093%26bih%3D446%26prmd%3Dimvns0>). Powyższe pośrednio potwierdza, sposób tłumaczenia zawarty w piśmie wyjaśniającym przedłożonym w wyniku wezwania z dnia 09.08.2011 r., oznaczeń zawartych w dokumencie wewnętrznym załączonym do wyjaśnień, choć nadal budzą one wątpliwości, a zwłaszcza brak możliwości ich niezależnego zweryfikowania.

Ponadto, niektóre z informacji ogólnie dostępnych na stronach internetowych mogą potwierdzać realizację wykazywanego projektu lub jego części przez Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania lub też nawet inny podmiot w zależności od ich interpretacji, czy też tłumaczenia - Ove Arup & Partners:

<http://translate.google.pl/translate?hl=pl&sl=en&u=http://uk.linkedin.com/pub/paulina-sobczak/31/b3b/696&ei=10pnTsvxDfTV4QT359S7DA&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=8&ved=0CFwQ7gEwBw&prev=/search%3Fq%3Dove%2Barup%2B%2526%2Bpartners%2Binternational%2Blimited%2Ba%2BAutoroute%2B30%26hl%3Dpl%26biw%3D1093%26bih%3D446%26prmd%3Dimvns0>).

W konsekwencji Izba, biorąc pod uwagę całokształt zgromadzonego materiału oraz fakt, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11 nie wynika wprost literalny nakaz nałożony na Zamawiającego, który wywodzi Odwołujący w ramach złożonego odwołania (str. 43 i 59), jak i dopuszczalność ponownego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp (niniejsza instytucja nie ma charakteru jednokrotnego) do wyjaśnień w tym wypadku w zakresie wykazywanego zadania „A30 Autoroute PPP Scheme”, zobowiązuje Zamawiającego do jego przeprowadzenia w sposób rzetelny oraz wnikliwy. Należy wezwać Przystępującego do przedłożenia wyjaśnień opartych nie tyle na oświadczeniu wyłącznie Przystępującego, czy też Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania podmioty zainteresowane realizacją zamówienia, ale innych niezależnych dowodach np: kopii lub wyciągu umowy. Zasadnie jest także zauważyć (także w kontekście ewentualnego dokumentu od wystawcy referencji uzupełnionej w trybie art. 26 ust. 3 Pzp), że nie mogą one prowadzić w konsekwencji do uzupełnienia oferty złożonej przez Przystępującego (z uwagi na wyczerpanie trybu art. 26 ust. 3 Pzp). Zamawiający winien bezwzględnie zażądać wyjaśnień przede wszystkim w kwestii uczestnictwa lub jego braku Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania w ramach konsorcjum z Nouvelle Autoroute 30, SJV S.E.N.C. Ewentualnie ustalić, czy Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania nie pełniła roli podwykonawcy względem Arup Canada Inc. Jednakże, w takim wypadku

wystawcom referencji nie mógłby być Nouvelle Autoroute 30, SJV S.E.N.C., lecz Arup Canada Inc, co „dyskwalifikuje” automatycznie załączoną w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w wyniku wezwania z dnia 15.06.2011 r. referencję, rzutuje to także na kwestie zakresu prac, które zrealizowała dana spółka jako podwykonawca (nie obowiązuje zasada taka jak w ramach konsorcjum). Jednocześnie należy wykluczyć możliwość wykazywania się doświadczeniem Arup Canada Inc przez Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania na zasadzie uczestnictwa w tej samej grupie kapitałowej (mamy do czynienia z dwoma niezależnymi podmiotami prawa), chyba że Przystępujący wykaże w sposób wiarygodny i udokumentuje, że taki rodzaju zależności istnieje i jest dopuszczalny. Dodatkowo, Izba stwierdza, że dwukrotne postępowanie przetargowe, fakt ponownego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp bezwzględnie skutkuje koniecznością poparcia wyjaśnień niezależnymi dowodami. Ich brak winien bezwzględnie uznać Zamawiający za działanie celowe i świadczące na korzyść zarzutów formułowanych przez Odwołującego. Jednocześnie, biorąc pod uwagę wyznaczony termin składania ofert, wezwanie do uzupełnienia z dnia 15.06.2011 r., jak i pierwsze wezwanie do wyjaśnień z dnia 09.08.2011 r., termin na ich udzielenie nie może być dłuższy niż 5 dni (liczone zgodnie z zasadami kc), nie podlega też wyznaczony termin ewentualnemu przedłużeniu.

Izba reasumując stwierdza, że brak wyjaśnień odnośnie uczestnictwa Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania w ramach konsorcjum z Nouvelle Autoroute 30, SJV S.E.N.C., jak i brak wprost literalnego nakazu nałożonego na Zamawiającego, który wywodzi Odwołujący w ramach złożonego odwołania, czy też nie przedłożenie przez Odwołującego żadnego wiarygodnego dowodu na potwierdzenie, że „ARUP” wymienione w kwestionowanej referencji to Arup Canada Inc, a nie Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania oraz część informacji ogólnie dostępnych na stronach internetowych przywołanych powyżej stały się podstawą zobowiązania Zamawiającego do ponownego wezwania do zastosowania trybu z art. 26 ust. 4 Pzp. Izba wskazuje, że zawarte w uzasadnieniu wyroku kryteria oceny uzyskanych wyjaśnień są bezwzględnie wiążące dla Zamawiającego. Ponadto, Izba wskazuje po analizie zaistniałego stanu faktycznego, że procedura udzielania zamówienia publicznego w Polsce rządzi się określonymi prawami, tak jak udzielania zamówienia w trybie partnerstwa publiczno-prawnego w Kanadzie. Każdy z uczestników postępowania także podmioty zagraniczne muszą zdawać sobie sprawy z wszelkich konsekwencji z tym faktem związanych. Bazowanie jedynie na wiarygodności biznesowej partnera „w interesach” musi być weryfikowalne dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBK Zabrze, mimo iż nie wykazano spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem w wyniku wezwania skierowanego przez Zamawiającego w dniu 09.08.2011 r., zgodnie z pkt 1) sentencji wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11 oraz stanowiskiem KIO wyrażonym na str. 45 i 46 uzasadnienia tegoż wyroku, Konsorcjum WBK Zabrze przedstawiło nowy dokument wystawiony przez polski Oddział spółki Ove Arup & Partners International Limited (a zatem Oddział spółki, na której wiedzę i doświadczenie powołują się wykonawcy), stwierdzający, że wartość „*usług projektowych wykonanych przez firmę Ove Arup & Partners International Limited w ramach zadania A30 Autoroute PPP Scheme wynosiła 11.603.481,00 CAD (34.940.401,99 PLN - zgodnie z kursem walut NBP z d. 3.12.2010)*”, a zatem wskazujący inną wartość usług projektowych niż ta podana przez Konsorcjum WBK Zabrze w wykazie stanowiącym Załącznik nr 4 do oferty, gdzie wartość tychże usług została określona na 129.000.000 PLN, co w konsekwencji powoduje, iż wykaz stanowiący Załącznik nr 4 do oferty nie może być traktowany jako wiarygodny dokument potwierdzający spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie podlega on uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (jako że przedmiotowy wykaz został już przedłożony w wykonaniu uprzedniego wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r.) - w takiej sytuacji Zamawiający bez ponownego wzywania wykonawców do przedłożenia lub sprostowania wykazu stanowiącego Załącznik nr 4 do oferty winien był uznać, że Konsorcjum WBK Zabrze nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlegają wykluczeniu z postępowania, Izba uznała w/w zarzut w tym aspekcie za chybiony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach wezwania z dnia 09.08.2011 r. stanowiącym wykonanie wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11 Zamawiający zawarł także następujące stwierdzenie:

„2) ponieważ referencje dotyczące zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” wskazują, że zakres prac obejmował nie tylko wykonanie usług projektowych, lecz również nadzór budowlany proszę o złożenie wyjaśnienia jaka była wartość usług projektowych (wraz z przeliczeniem wartość prac na PLN zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ) oraz proszę o podanie szczegółowej daty zakończenia realizacji usług.”

W odpowiedzi, Przystępujący wyjaśnił (pismo z dnia 12.08.2011 r. – wpływ 16.08.2011 r.), że: *„chcielibyśmy sprecyzować wartość oraz termin dla zakresu usług projektowych zadania „A30 Autoroute PPP Scheme”. W tym celu załączamy oświadczenie o wartości zamówienia i dacie jego zakończenia od Ove Arup & Partners International Limited.”* W konsekwencji przedłożono dodatkowo nowy dokument (oświadczenie z dnia

12.08.2011 r.) wystawiony przez polski Oddział spółki Ove Arup & Partners International Limited (a zatem Oddział spółki na której wiedzę i doświadczenie powołują się wykonawcy), stwierdzający, że wartość: „usług projektowych wykonanych przez firmę Ove Arup & Partners International Limited w ramach zadania A3G Autoroute PPP Scheme wynosiła 11.603.481,00 CAD (34.940.401,99 PLN - zgodnie z kursem walut NBP z d. 3.12.2010)\".

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby zasadnie Przystępujący podnosił na rozprawie, że: „(...) nie precyzował pewnych niejasności, na które zwracał uwagę Odwołujący, gdyż z samego wezwania wynikało, iż Zamawiający zna kontekst i uwarunkowanie związane z wyjaśnianą wartością oraz terminem”. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11 fragment cytowany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a do którego odnosi się również Odwołujący (str. 45-46 uzasadnienia przywołanego wyroku), gdzie wyraźnie wskazuje się, że warunek wartościowo został spełniony, zaś data zakończenia realizacji usług projektowych została wskazana, choć nie w sposób szczegółowy. Wezwanie miało więc charakter jedynie formalny, z uwagi na brak także podziału rodzajowego i wartościowego podanej wartości w wykazie na usługi projektowe oraz nadzór budowlany (wykazywana wartość była wartością łączną). Zamawiający w pełni wykonał nakaz wynikający z wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11.

Po drugie, niezasadne są twierdzenia Odwołującego, że w wyniku załączenia do wyjaśnień oświadczenia o wartości zamówienia i dacie jego zakończenia od Ove Arup & Partners International Limited nastąpiła zmiana wykazu stanowiącego Załącznik nr 4 do oferty. Należy bowiem konsekwentnie podkreślić, że wykaz zawierał dane potwierdzające warunek w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia z rozdziału IV pkt 3 ppkt 1 SIWZ, konieczne było jedynie formalne doprecyzowanie kwestii, o których jest mowa w wyroku KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1467/11 oraz w samym wezwaniu. Różnice między wartością wykazu, a wartością w ramach wyjaśnień wynikają z kontekstu i nie było potrzeby zawierania w treści pisma wyjaśniającego (pismo z dnia 12.08.2011 r. – przekazane 16.08.2011 r.) dalszych szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie. Wszystkie wątpliwości zostały dostatecznie wyjaśnione.

Po trzecie, stanowisko Odwołującego, odnośnie wynikającej pośrednio z wyjaśnień, faktycznej wartości nadzoru budowlanego po odjęciu kwoty wskazanej, a dotyczącej usług projektowych, nie było przedmiotem zarzutu (jak i przedmiotem wyjaśnień). Izba jedynie dla porządku stwierdza, że nie podważa ono wiarygodności wykazu złożonego w ramach wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 15.06.2011 r. Stanowisko Przystępującego,

odnośnie zakresu nadzoru budowlanego, wskazujące na różnice w zakresie tego nadzoru w różnych krajach oraz możliwości indywidualnego określenia zakresu w ramach zwartej umowy, w ocenie Izby jest wiarygodne. W tym zakresie Izba, wzięła pod uwagę także informacje ogólnie dostępne na stronach internetowych (<http://www.autoroute30.qc.ca/>) dotyczących wykazywanej inwestycji uwiarygodniające powyższe stanowisko i pokazujące skalę nadzorowanej inwestycji.

Jednocześnie, Izba wyjaśnia, że przedmiotowy aspekt zarzutu był rozpatrywany w oderwaniu od poprzedniej kwestii, która wymaga dalszych wyjaśnień. Ewentualne niejednoznaczny rezultat i brak dowodów na tezy zawarte w ponownych wyjaśnieniach skutkuje w konsekwencji także zanegowaniem treści poz. 2 przedłożonego wykazu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechania odrzucenia (względnie zaniechanie uznania za odrzuconą) oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum WBK Zabrze, mimo iż jak wskazano w pkt I powyżej zaistniały przesłanki powodujące konieczności wykluczenia Konsorcjum WBK Zabrze z postępowania wobec niewykazania przez nich spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez ponowny wybór przez Zamawiającego oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum WBK Zabrze, jako oferty najkorzystniejszej mimo, iż wykonawcy składający ofertę winni zostać wykluczeni z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a złożona przez nich oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, Izba uznała, że niniejsze zarzuty w świetle wszystkich okoliczności sprawy należy za przedwczesny. Izba uznała, iż w świetle okoliczności niniejszej sprawy uzasadnionym jest jedynie wezwanie do ponownego złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w niniejszym uzasadnieniu. Jednocześnie, Izba uznała, że wszelkie okoliczności uzasadniające ewentualną dwuznaczność nowych wyjaśnień nie mogą mieć miejsca, zaś ich zaistnienie, jak i brak niezależnych dowodów, Zamawiający winien uznać za działanie celowe i bezwzględnie wykluczyć Konsorcjum MP-Mosty, FTI Polska na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a w konsekwencji odrzucić jej ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp. W tym zakresie, Izba wskazuje, że prawo każdego Zamawiającego do suwerennej decyzji w ramach prowadzonego postępowania nie może prowadzić do przedłużania procedury przetargowej, czy też wyboru Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem. Jednocześnie, Izba wskazuje, że z uwagi na okoliczności sprawy oraz dwukrotnie

przeprowadzone postępowanie odwoławcze wyjaśnienia mają być oparte nie tyle na oświadczeniu Przystępującego, czy też Ove Arup & Partners International Limited podmioty zainteresowane realizacją zamówienia, ale innych niezależnych dowodach, ich brak „dyskwalifikuje” ofertę Przystępującego.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego w zakresie wykazania przez Konsorcjum MP-Mosty, FTI Polska spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem Ove Arup & Partners International Limited, co skutkuje koniecznością ponownego badania i oceny ofert w celu wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień, Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołujący o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....