

Sygn. akt: KIO 2003/12

WYROK

z dnia 02 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2012 r. przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-146 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 73, 87-100 Toruń**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10.09.2012 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w której ramach nakazuje wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp Konsorcjum firm: 1) Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa (pełnomocnik) oraz 2) Hill International Sp. z o.o. (członek), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Gdańska 27/31, 01-633 Warszawa oraz w konsekwencji odrzucenie jej oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 73, 87-100 Toruń i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-146 Poznań** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 73, 87-100 Toruń** na rzecz wykonawcy **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-146 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie na: „Wykonanie usługi doradcy technicznego i Inżyniera Kontraktu dla projektowania i robót budowlanych zadania pn. *Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. L. Rydygiera w Toruniu, Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Toruniu oraz Wojewódzkiego Ośrodka Lecznictwa Psychiatrycznego w Toruniu*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 26-042337 z dnia 08.02.2012 r. przez Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 73, 87-100 Toruń zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 10.09.2012 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum firm: 1) Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa (pełnomocnik) oraz 2) Hill International Sp. z o.o. (członek), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Gdańska 27/31, 01-633 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Portico”, drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań zwana dalej: „Grontmij Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 20.09.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło odwołanie Grontmij Polska Sp. z o.o. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.09.2012 r. (faxem). Odwołujący wnosil o: 1) Unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji tej czynności 3) Nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Portico oraz odrzucenie złożonej przez niego oferty, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, 4) Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed KIO. Zamawiający, wykonując nakaz ponownej oceny ofert określony w wyroku KIO z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt KIO 1571/12, w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, pismem z dnia 31.08.2012 r. wezwał Konsorcjum Portico do złożenia wyjaśnień odnośnie wykazu usług, dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.4 lit. a SIWZ (warunek dot. posiadania wiedzy i doświadczenia) w związku z tym, że

usługi wykazane w ofercie na potwierdzenie spełnienia tego warunku nie potwierdzają, że przedstawiony w wykazie obiekt posiada wymagane przez Zamawiającego funkcje. Konsorcjum ECM, które również na mocy ww. wyroku KIO miało zostać wezwane do złożenia wyjaśnień, nie przedłużyło terminu związania ofertą, dlatego w stosunku do tego wykonawcy wyrok nie miał zastosowania. Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią wezwania skierowanego do Konsorcjum Portico oraz odpowiedzi na to wezwanie podnosi, iż zaskarżana czynność Zamawiającego nie została wykonana zgodnie z prawomocnym wyrokiem KIO z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt KIO 1571/12, co opisano szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, w związku z czym nie zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania opisana w art. 189 ust. 2 pkt. 5 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp W sentencji wyroku KIO z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1571/12 wskazano: *„Izba uznała, że zarzut dotyczący oceny usług wykazanych w punktach 1 wykazów sporządzonych przez wykonawców - konsorcja Portico i ECM, w świetle dowodów przedstawionych i przeprowadzonych na rozprawie, został potwierdzony. Wykonawcy podając usługi w pozycjach 1 wykazów, nie potwierdzili spełnienia warunku w sposób odpowiadający opisowi zamieszczonemu w pkt 8.4 lit. a SIWZ i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu.”* Z powyższego wynika, iż Wysoka Izba nie miała wątpliwości, że wskazana w wykazie Konsorcjum Portico usługa nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż najbardziej problemową kwestią omawianą zarówno na rozprawie, jak i w uzasadnieniu wyroku było ustalenie, czy Konsorcjum Portico złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i czy tym samym podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3: *„Izba uznała za zasadne wezwanie wykonawców w toku powtórzenia badania i oceny ofert, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wskazania w punktach 1 wykazów usług załączonych do ofert, lądowisk - Hiszpania, Barcelona, Szpital del Mar (dotyczy konsorcjum Portico) i Maipu, Chile (dotyczy konsorcjum ECM) oraz dokonanie przez zamawiającego oceny wyjaśnień w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W przypadku braku podstaw do wykluczenia na podstawie tego przepisu, wykonawcy powinni być wezwani do uzupełnienia ofert na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp).”* Jak wynika jednoznacznie z treści wyroku, Izba wskazała dwustopniowy sposób ustalenia kwestii, czy nieprawdziwe informacje zostały złożone, czy nie. W pierwszej kolejności nakazała Zamawiającemu dokonanie wezwania do wyjaśnień w przedmiocie wskazanej usługi, a następnie dokonanie ich oceny w kontekście przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dopiero w przypadku stwierdzenia, że przesłanka ta nie zachodzi, Zamawiający miał wezwać Wykonawcę do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Portico, na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.08.2012 r., nie przedstawiło jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie niezastnienia przesłanki dotyczącej złożenia nieprawdziwych informacji, a przedstawiło jedynie nową usługę, mającą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W tym przypadku, jeżeli nie zostały złożone wyjaśnienia, które potwierdziłyby w sposób jednoznaczny, że nieprawdziwe informacje nie zostały złożone, Zamawiający nie miał prawa uznać, że złożona przez Konsorcjum Portico oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu i w konsekwencji dokonać jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. Godzi się zauważyć, iż w wezwaniu z dnia 31.08.2012 r. Zamawiającego powoływał się na wyrok KIO z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt KIO 1571/12, co oznacza, iż Konsorcjum Portico powinno mieć świadomość, w jakim celu następuje wezwanie. Zamawiający co prawda wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w ramach jednego pisma, ale to nie oznacza, że wezwany wykonawca mógł samodzielnie dokonać wyboru, czy złoży wyjaśnienia, czy przedstawi nową usługę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający także nie mógł (w oderwaniu od nakazu wynikającego z wyroku KIO z dnia 06.08.2012 r. - sygn. akt: KIO 1571/12) uznać samych uzupełnień w sytuacji, gdy wyjaśnienia w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w ogóle nie zostały przez Konsorcjum Portico złożone. Taki sposób dokonania powtórnej oceny ofert wskazuje, iż Zamawiający dokonał oceny ofert wbrew wyrokowi KIO z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1571/12. W wyroku tym Izba orzekła bowiem jednoznacznie: *„Izba uznała za zasadne wezwanie wykonawców w toku powtórzenia badania i oceny ofert, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wskazania w punktach 1 wykazów usług załączonych do ofert, lądowisk - Hiszpania, Barcelona, Szpital del Mar (dotyczy konsorcjum Portico) i Maipu, Chile (dotyczy konsorcjum ECM) oraz dokonanie przez zamawiającego oceny wyjaśnień w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W przypadku braku podstaw' do wykluczenia na podstawie tego przepisu, wykonawcy powinni być wezwani do uzupełnienia ofert na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp).”*. Już z literalnego brzmienia uzasadnienia wyroku Izby wynika, iż Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie wezwania Konsorcjum Portico do złożenia wyjaśnień w sprawie wykazu usług oraz dokonanie oceny złożonych wyjaśnień w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Treść nakazu zawartego w wyroku Izby jest jednoznaczna w świetle dalszej treści uzasadnienia, w którym Izba wskazała, że: *„Przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp stanowią dwie odrębne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. W pkt 4 zobowiązano zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji, zamawiający zobowiązany jest do zastosowania trybu uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie wykonawcy, stosownie do treści tego przepisu. W pkt 3 zobowiązano zamawiającego do wykluczenia wykonawcy*

z postępowania, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W orzecznictwie przyjęto, że w takiej sytuacji brak jest możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Tymczasem, pomimo jednoznacznych wskazówek dotyczących sposobu dokonania ponownej oceny ofert, Zamawiający całkowicie w trakcie tej oceny pominął okoliczność, że Konsorcjum Portico w ogóle nie przedstawiło żadnych wyjaśnień w przedmiocie wyjaśnienia wykazu usług. Zamawiający w swoim wezwaniu z dnia 31.08.2012 r. zobowiązał Konsorcjum Portico do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 1 wykazu usług. Pomimo nałożenia takiego obowiązku przez Zamawiającego na Konsorcjum Portico, wykonawca ten w ogóle nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień. Potraktowanie odpowiedzi Konsorcjum Portico jako wystarczającej w taki sposób, w jaki uczynił to Zamawiający jest zatem rażącym naruszeniem nie tylko Pzp, ale przede wszystkim stanowi niewykonanie ww. wyroku KIO. Jak wskazano to powyżej Izba uznała za zasadne: *„wezwanie wykonawców w toku powtórzenia badania i oceny ofert, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wskazania w punktach 1 wykazów usług załączonych do ofert, łądowisk - Hiszpania, Barcelona, Szpital del Mar (dotyczy konsorcjum Portico) i Maipú, Chile (dotyczy konsorcjum ECM) oraz dokonanie przez zamawiającego oceny wyjaśnień w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.* Wobec braku jakichkolwiek wyjaśnień ze strony Konsorcjum Portico trudno uznać, iż Zamawiający miał jakąkolwiek możliwość dokonania ich oceny w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp Dodatkowo, jeżeli Izba nie uzna zasadności powyższego zarzutu, Odwołujący podnosi, że Konsorcjum Portico podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4, gdyż przedstawiony przez niego (w toku ponownej oceny ofert) dokument, mający potwierdzać należyte wykonanie uzupełnionej usługi, wykonania takiego nie potwierdza. W tłumaczeniu dokumentu, który powinien potwierdzać należyte wykonanie usługi, znajduje się zapis:

(...) ZAŚWIADCZA, ŻE: Spółka GERENS HILL INTERNATIONAL S.A. (podmiot używający potencjału - przyp. Odwołujący), NIP A-81929788, wykonawca wzmiankowanych usług, przeprowadziła Sprawdzenie projektu (audyt techniczny dokumentacji wchodzi w zakres wykonanych zgodnie z umową usług w ramach Project Monitoring) w okresie od września 2011 r. do kwietnia 2012 r.

Po analizie tłumaczenia dokumentu z języka hiszpańskiego o następującej treści:

(...) CERTIFICO: Que la empresa GERENS HILL INTERNATIONAL S.A., con C.I.F. A-81929788, adjudicataria de los referidos servicios, realizó la Revision de Diseño (incluida dentro del alcance de los servicios de Project Monitoring), entre Septiembre 2011 y Abril 2012.

Odwołujący pragnie wskazać, iż fragment: (audyt techniczny dokumentacji wchodzi w zakres wykonanych zgodnie z umową usług w ramach Project Monitoring), nie jest potwierdzeniem należytego wykonania umowy, ponieważ powinien on w dosłownym znaczeniu zostać przetłumaczony w sposób następujący: (w zakresie usług przewidzianych w Project Monitoring).

Żadne z słów zawartych w badanym fragmencie nie ma wydźwięku, który mógłby sugerować, że dokument potwierdza należyte wykonanie usługi, a działania wykonawcy, polegające na użyciu wyrazów o zbliżonym znaczeniu „*wykonanych zgodnie z umową usług w ramach Project Monitoring*” zamiast „*w zakresie usług przewidzianych w Project Monitoring*” zdaje się być działaniem zamierzonym, które mogłoby dawać przypuszczenia, że właśnie w tym miejscu znajduje się potwierdzenie należytego wykonania omawianej usługi. Oczywiście nie jest obowiązkiem wykonawcy załączanie do oferty tłumaczeń przysięgłych, gdyż ani Pzp, ani akty wykonawcze tego nie nakazują, jednak głębsza analiza dokumentu tłumaczenia załączonego do uzupełnienia oferty Portico, nasuwająca wiele wątpliwości, skłoniła Odwołującego do przeanalizowania tych zapisów przez specjalistę, na dowód czego w załączeniu przedstawiamy tłumaczenie przysięgłe z języka hiszpańskiego. Ponadto Odwołujący wskazuje, że także w dalszej części dokumentu nie ma ani jednego słowa, które mogłoby świadczyć o należywym wykonaniu usługi, a referencja jest przecież dokumentem, który przeciwnie do sposobu rozumowania Zamawiającego wynikającego z treści wezwania (*załączony do oferty list referencyjny nie potwierdza, że obiekt posiada ww. funkcje*) - nie musi zawierać wszystkich szczegółowych informacji dotyczących danego projektu, gdyż informacje te wskazuje wykonawca, składając oświadczenie w wykazie usług. Referencja ma natomiast za zadanie potwierdzać należyte wykonanie usługi wskazanej przez Wykonawcę w wykazie usług, czego Zamawiający zdaje się nie dostrzegać. Analizując powyższe nie sposób nie uznać, że należyte wykonanie usługi nie zostało potwierdzone, a co za tym idzie, Konsorcjum Portico nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie może też złożyć już żadnych uzupełnień w tym zakresie. Dlatego też Konsorcjum Portico powinno zostać wykluczone z postępowania, a złożona przez Portico oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

Zamawiający w dniu 21.09.2012 r. wezwał (email) wraz z kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.09.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Portico. Izba nie uznała niniejszego przystąpienia za skuteczne o czym w dalszej części uzasadnienia.

W dniu 01.10.2012 r. (faksem), na rozprawie (pisemnie) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu na rozprawie w toku posiedzeniu.

Odnosnie zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Portico z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 06.08.2012 r. Zamawiający wezwał uczestników postępowania do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia, czy wskazana w wykazie usługa obejmowała swoim zakresem wszystkie elementy wymagane przez SIWZ. W przypadku braku posiadania stosownych referencji Zamawiający wezwał do przedstawienia referencji, potwierdzających spełnianie warunku.

Konsorcjum Portico złożyło w dniu 06.09.2012 r. ponowny wykaz usług wraz z referencją, która potwierdzała spełnianie warunku. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, iż wskazana przez niego usługa spełnia wymogi SIWZ, a brak wyszczególnienia wszystkich elementów w referencji jest praktyka i nie może świadczyć na niekorzyść Wykonawcy. Zamawiający dokonując ponownej czynności badania i oceny złożonych wyjaśnień i uzupełnień, stwierdził, iż obie oferty spełniają jego wymogi i dokonał wyboru zaskarżonej oferty jako najkorzystniejszej.

W złożonym odwołaniu, Odwołujący wskazuje, iż jego zdaniem Konsorcjum Portico nie odnosząc się do faktu, czy pierwotnie wskazana w wykazie usługa spełnia warunki udziału w postępowaniu, winno zostać wykluczone z postępowania, z uwagi na podanie pierwotnie nieprawdziwych informacji. Odwołujący jednakże nie bierze pod uwagę faktu, iż dyspozycja przepisu wskazuje, iż z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy podali nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W zaskarżonej ofercie od samego początku Wykonawca zamieścił wykaz wielu wykonanych usług, do których dołączył jednakże jedną referencję, w stosunku do treści której Krajowa Izba Odwoławcza poddała w wątpliwość potwierdzenie spełniania warunków postępowania. Przedkładając referencję Novo Hospital de Vigo S.A. konsorcjum Portico uzupełniło wyłącznie dokument, w świetle którego nie ulega wątpliwości, że spełnia ono warunki udziału w postępowaniu. Abstrahując zatem od faktu, czy pierwotnie złożona referencja potwierdzała warunki udziału w postępowaniu czy też nie, nie można wskazać, iż podpisując oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu konsorcjum Portico, od samego początku nie spełniało tych warunków, a załączona referencja była czynem złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazując w pierwotnej ofercie na wykonanie wielu usług, ze szczegółowym ich wykazem, konsorcjum Portico nie załączyło jedynie referencji, który to dokument został uzupełniony w toku czynności podjętych przez Zamawiającego. Zamawiający pragnie podkreślić, iż badając i oceniając oferty złożone w postępowaniu bierze pod uwagę całą ofertę a nie bada

jedynie wybiórczo pojedyncze dokumenty. W świetle całości oferty natomiast Zamawiający nie ma wątpliwości, iż oferta uznana za najkorzystniejszą od samego początku spełniała jego wymogi, zatem nie mogła zaistnieć sytuacja wykluczenia Wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający podkreśla również, iż ustawa prawo zamówień publicznych daje Zamawiającemu prawo do żądania złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy ma on wątpliwości co zgodności treści oferty z SIWZ. W żadnym jednak miejscu ustawa nie wskazuje, iż jest on uprawniony do wykluczenia Wykonawcy lub odrzucenia jego oferty w sytuacji braku złożenia wyjaśnień, poza sytuacją, gdy wyjaśnienia te dotyczą rażąco niskiej ceny. W niniejszym postępowaniu sytuacja tak jest możliwa m. in. z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego konsorcjum Portico składając dodatkową referencję do pierwotnie zamieszczonego wykazu potwierdziło, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, zatem wcześniejsza referencja, niezależnie od faktu, iż w swej treści nie wskazywała wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów usługi, nie może zostać potraktowana jako nieprawdziwa informacja mająca lub mogąca mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający pragnie również zauważyć, iż dokonując pierwotnego badania i oceny ofert potraktował wszystkich Wykonawców jednakowo. Z treści załączonych również przez Odwołującego referencji nie wynika fakt wykonania wszystkich elementów usługi, natomiast wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie bądź uzupełnienia oferty zostało do Wykonawców wysłane dopiero po orzeczeniu Izby.

Odnosnie zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Portico z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W pierwszym rzędzie należy podkreślić, iż podobnie jak w przypadku zarzutów, o których była mowa w pkt I niniejszego pisma, tak i w bieżąco omawianym przypadku, sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Portico z postępowania, nie jest poparty dowodami, które mogłyby służyć wykazaniu prawdziwości przekazywanych przez Odwołującego informacji oraz potwierdzać poprawność formułowanych tez. W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum Portico poprzez załączenie odpowiednich referencji, wykazało spełnienie warunku w wystarczający, wymagany w SIWZ sposób. Jednocześnie okoliczności przytaczane przez Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w żadnych dokumentach bądź innych dowodach, które mogłyby przedmiotem analizy czy też podlegać weryfikacji i ocenie pod kątem ich wiarygodności, dlatego nie sposób podjąć w tym miejscu rzeczowa polemikę z zasadnością przedstawianego w odwołaniu zarzutu. Przedstawione przez Odwołującego tłumaczenie przysięgłe załączonej przez konsorcjum Portico referencji, w żadnym miejscu nie wskazuje na fakt wykonania usługi nienależycie. Sam fakt, iż w treści referencji nie znajduje się stwierdzenie „*prace zostały wykonane należycie*” nie może prowadzić do

wniosku przeciwnego. Odnosząc się jedynie do treści tłumaczenia załączonego przez Odwołującego Zamawiający pragnie wskazać, iż z treści referencji wynika, iż usługa została wykonana należycie. Sformułowanie, iż referencje zostały sporządzone do wykorzystania we właściwym celu, świadczy o tym, iż podmiot je wystawiający potwierdza prawdziwość treści i dopuszcza ich stosowanie w celu udowodnienia prawidłowości wykonanych usług. W przeciwnym przypadku bezcelowe byłoby w ogóle wystawianie referencji. Należy podkreślić, iż podmiot, na rzecz którego świadczone są usługi nie ma obowiązku wystawiania referencji, zatem fakt ich wystawienia świadczy o tym, iż „poleca” usługi danego Wykonawcy. Z uwagi na powyższe, w aktualnym stanie rzeczy nie sposób przyjąć aby załączone referencje nie potwierdza należytego wykonania usługi. Zamawiający pragnie zauważyć, iż nie ulega jednak wątpliwości, iż ustawodawca pozostawił Wykonawcom dowolność, co do formy i treści tegoż dokumentu, z zastrzeżeniem, że z dokumentu takiego wynika wykonanie określonych robót budowlanych, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym. Podkreślić należy również, że dokument referencji (lub jakkolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usługi lub dostawy) nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 07.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1092/09). Natomiast dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie Wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych, usług lub dostaw. W związku z powyższym Zamawiający w postępowaniu nie może zarzucić Wykonawcy, na podstawie załączonych przez niego referencji, iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Przyjmuje się, iż oświadczenie składane przez Wykonawcę (w formie wykazu) może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji. Z kolei co do treści referencji, to zgodnie z dyspozycją zawartą w Rozporządzeniu mają one potwierdzić jakość wykonywanych robót budowlanych, usług, dostaw. Podkreślenia wymaga fakt, iż w bogatym orzecznictwie KIO przyjmuje się, że dokument referencji nie musi zawierać w sobie ściśle określonych sformułowań, czy wyrażeń o pozytywnym zabarwieniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, modyfikacją SIWZ (pismo z dnia 25.04.2012 r.), ofertą Konsorcjum Portico, wyrokiem z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1571/12, wezwaniem z dnia 31.08.2012 r. wystosowanym do Konsorcjum Portico, odpowiedzią Konsorcjum Portico z dnia 05.09.2012 r. (wpływ 06.09.2012 r.) wraz z trzema załącznikami, wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia

10.09.2012 r., odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron 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 zajęła drugie miejsce w rankingu złożonych ofert, zaraz po ofercie najkorzystniejszej, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uznała zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego – Konsorcjum Portico, z uwagi na nieprzekazanie kopii przystąpienia na rzecz Odwołującego, mimo obowiązku w tym zakresie wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp. W tym zakresie, Izba wzięła także pod uwagę fakt, że w poprzednim postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO 1571/12) miała miejsce analogiczna sytuacja.

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 1571/12 oraz KIO 2003/12, postanowień SIWZ, modyfikacji SIWZ (pismo z dnia 25.04.2012 r.), oferty Konsorcjum Portico, wyroku z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1571/12 (nie stanowi dowodu, ale został wzięty pod uwagę), wezwania z dnia 31.08.2012 r. wystosowanego do Konsorcjum Portico, odpowiedzi Konsorcjum Portico z dnia 05.09.2012 r. (wpływ 06.09.2012 r.) wraz z trzema załącznikami (nowym wykazem usług, referencją wraz z tłumaczeniem, zobowiązaniem do oddania do dyspozycji zasobów wraz z tłumaczeniem), wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10.09.2012 r., odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

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

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

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Izba przyjęła za własne ustalenia dotyczące brzmienia wymogu postawionego przez Zamawiającego w zakresie oczekiwanego doświadczenia i ocenę załączonego pierwotnie do oferty wykazu (str. 10 i 11 uzasadnienia wyroku z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO

1571/12). Nadto, uznała także że nie był przedmiotem sporu nakaz wynikający względem Zamawiającego ze str. 13 przywołanego uzasadnienia, trzeci akapit od końca.

W konsekwencji Zamawiający wykonując wyrok z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1571/12 wezwał Konsorcjum Porico do złożenia wyjaśnień, czy usługa wskazana w pkt 1 załączonego do oferty wykazu usług obejmowała swym zakresem świadczenie pomocy merytorycznej i eksperckiej lub audytu technicznego dokumentacji lub nadzoru nad opracowywaniem i realizacją projektu dotyczącego budowy wielospecjalistycznego obiektu służby zdrowia z kompleksowym blokiem operacyjnym (min 5 sal) i lądowiskiem – w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający opisowi zamieszczonemu w pkt 8.4 lit. a SIWZ. Załączony do oferty list referencyjny nie potwierdza, że obiekt posiada w/w funkcję. W razie braku posiadania stosownych referencji, wzywał do przedstawienia nowych referencji potwierdzających wykonanie usługi spełniającej wymogi SIWZ.

W odpowiedzi z dnia 05.09.2012 r. (wpływ 06.09.2012 r.) Konsorcjum Portico wskazało, że przesyła ponownie wykaz usług wraz z tłumaczeniem, potwierdzającymi spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający opisowi zamieszczonemu w pkt 8.4 lit. a SIWZ. W ramach nowego wykazu przedstawiono jedno zadanie: usługę sprawowania pomocy technicznej w zakresie monitorowania i nadzorowania projektu (project monitoring) w zakresie której wchodziło sprawdzenie projektu (audyt techniczny dokumentacji wchodzi w zakres usług w ramach Project Monitoring) polegający na zanalizowaniu projektu, uwzględniając całość procesu budowlanego oraz ustalone cele: nadzór nad dokumentacją projektu. Wykonalność projektu. Sprawdzenie zgodności z przepisami krajowymi i lokalnymi w Vigo. Sprawdzenie spełniania zobowiązań określonych w umowie koncesji w odniesieniu do projektu. Wykrywanie ryzyka i propozycje działania. Ogólna analiza funkcjonalna projektu. Analiza i wykrywania ryzyka związanego z kosztami i terminem realizacji. Propozycje rozwiązania niejasności. Analiza projektu w powiązaniu z eksploatacją. Wpływ na zużycie energii. Wpływ projektu na świadczenie usług medycznych. Sprawdzenie jakości środowiskowej projektu. Określenie właściwego doboru systemów planowanych w projekcie i ich rozmiarów w ramach wskazanego zastosowania. Wydanie raportu początkowego dotyczącego ryzyka i raportów miesięcznych na temat stanu i rozwoju projektu. Szpital ma pow. budowlana 280 000 m², 1465 łóżek szpitalnych i ogólnego zastosowania, 25 sal operacyjnych, 160 przychodni zewnętrznych i obejmuje następujące strefy: badania i leczenie specjalistyczne, izba przyjęć ogólna i dziecięca, radiologia oddział intensywnej opieki medycznej i pediatryczny, blok położniczy, nauka, kształcenie i badania, strefy dla pracowników, usług ogólnych, dyrekcji i pracowników administracyjnych, lokale handlowe i kawiarnie, parking i lądowisko dla helikopterów. Miejsce

wykonania: Hiszpania, Vigo, podmiot zlecający: Novo Hospital de Vigo SA, od 09.2011 – 04.2012 , budżet budowy: 238 000 000 EUR, 1EUR = 3,7982 PLN (903 971 600,00 PLN). Referencja z dnia 30.07.2012 r., wystawiona przez Novo Hospital de Vigo SA na rzecz Gerens Hill International SA. „(...)wykonawca wzmiankowanych usług, przeprowadziła Sprawdzenie projektu (audyt techniczny dokumentacji wchodzi w zakres wykonanych zgodnie z umową usług w ramach Project monitoring) w okresie od września 2011 do kwietnia 212 r. (...)”. Zobowiązanie bez daty na rzecz Konsorcjum Portico.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Portico z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uszła w/w zarzut za zasadny, a w konsekwencji jego uwzględnienia skutkowało niniejsze uwzględnieniem odwołania.

Izba nie przeczy tezom zawartym w przywołanym przez Zamawiającego na rozprawie uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt: o sygn. akt. IV Ca 683/12, jednakże w niniejszym stanie faktycznym nie mogą więc one zastosowania. W ocenie Izby, ocena ewentualnych przesłanek, czy działanie Konsorcjum Portico miało charakter celowy i zamierzonego wprowadzenia w błąd (w sytuacji ewentualnego przyjęcia stanowiska zaprezentowanego w ramach uzasadnienia Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt: o sygn. akt. IV Ca 683/12) winno być oparte o określone wyjaśnienie związane z usługą, której prawdziwość jest kwestionowana. W przedmiotowym stanie rzeczy, żadne wyjaśnienia, mimo wezwania i wiedzy Wykonawcy wybranego – Konsorcjum Portico kontekstu wezwania, nie zostały złożone. Oparcie swojego stanowiska przez Zamawiającego na dokumencie nowym uzupełnionym nie odnoszącym się do dokumentu pierwotnie złożonego w ofercie jest wadliwe. Każdorazowo wszyscy Wykonawcy dążący do uzyskania zamówienia złożą jakiegokolwiek referencje spełniające wymogi postawione przez Zamawiającego działając w swoim szeroko rozumianym interesie. Sytuacja nie złożenia takich referencji, w takim stanie rzeczy, jaki miał miejsce, może w ogóle nie zaistnieć.

Izba uznała także, że brak jest podstaw do ponownego wezwania do wyjaśnień, gdyż Konsorcjum Porico, jako podmiot profesjonalny, winien zdawać sobie sprawy z konsekwencji swoich działań, a w tym wypadku ich braku. Dopuszczenie ponowienia wezwania naruszałoby także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. W konsekwencji Izba nakazała wykluczenie, jednocześnie stwierdzając, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, a ewentualne inne działanie prowadziłoby do nadużyć i manipulowania wynikami postępowania.

Odnośnie zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Portico z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony. W tym zakresie, Izba uznała, że w swym pierwotnym zakresie w odwołaniu, niniejszy zarzut i tezy tam zawarte są niewystarczające do jego nie tylko wykazania, ale nawet uwiarygodnienia. W zakresie podnoszonym na rozprawie, w ocenie Izby, sformułowany nowy zarzut nie był objęty zakresem odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie 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 Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba nie uznała wniosku Odwołującego o zwrot kosztów biletów lotniczych uznając, niniejsze za nieuzasadnione, opierając się w tym zakresie na wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 15. 01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 517/09.

Przewodniczący:

.....