

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu ograniczonego którego przedmiotem jest „*Pomoc Techniczna współfinansowana z Funduszu Spójności przy Wdrożeniu Systemu Zarządzania Majątkiem w ramach Projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej dla ochrony zasobów wodnych w Poznaniu. Etap I” Ogólne usługi doradcze w zakresie zarządzania.*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2010 r. pod nr 388382-2010.

Odwołujący w dniu 28 lipca 2011 r. otrzymał informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś w dniu 5 sierpnia 2011r. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Mott MacDonald House Limited Surrey, Mott MacDonald Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wnosząc o unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokonanie ponownej oceny wniosków złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji tej czynności wykluczenie z postępowania Wykonawcy Konsorcjum Mott.

W uzasadnieniu Odwołujący podał:

1. W pkt. III. 2.3 ppkt b) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał wykonania minimum 2 usług analizy benchmarkingowej dla przedsiębiorstw gospodarki wodno-ściekowej lub wodnej lub ściekowej z wykorzystaniem standardu PAS55. Konsorcjum Mott na potwierdzenie ww. warunku przedstawiło we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu projekty: 1.wykonanie analizy benchmarkingowej dla Dwr Cymru Welsh Water z wykorzystaniem PAS55 w ramach usługi polegającej na ocenie możliwości zarządzania majątkiem należącym do Welsh Water w odniesieniu do kryteriów metodologii samooceny Asset Managment Planning Assessment Process (AMPAP) pozwalających na wprowadzenie standardu PAS55 w przedsiębiorstwie; 2.wykonanie analizy benchmarkingowej dla Scottish Water z wykorzystaniem PAS55 w ramach usługi polegającej na ocenie możliwości

zarządzania majątkiem należącym do Walsch Water w odniesieniu do kryteriów metodologii samooceny Asset Management Planning Assessment Process (AMPAP) pozwalających na wprowadzenie standardu PAS55 w przedsiębiorstwie. Przedstawione projekty nie potwierdzają wykonania analizy benchmarkingowej dla przedsiębiorstw gospodarki wodno-ściekowej lub wodnej lub ściekowej z wykorzystaniem standardu PAS55. Usługi te zostały zrealizowane w oparciu o metodykę samooceny Asset Management Planning Assessment Process (AMPAP), a co jest z tym związane nie mogły być wykonane z użyciem innego narzędzia metodycznego jakim jest PAS55. W odniesieniu do usługi realizowanej przez firmę Mott McDonald Ltd. dla przedsiębiorstwa wodociągowo - kanalizacyjnego Scottish Water, Zamawiający również powziął wątpliwości czy przedstawione przez Konsorcjum Mott doświadczenie odpowiada określonym wymaganiom. W celu wyjaśnienia powstałych nieścisłości Zamawiający w dniu 01.04.2011r. wystąpił, do Scottish Water z zapytaniem czy ww. projekt obejmował zadanie polegające na przygotowaniu analizy porównawczej (benchmarkingowej) przedsiębiorstwa z wykorzystaniem standardu PAS55. W piśmie z dnia 30.06.2011 r., przedsiębiorstwo Scottish Water jednoznacznie odpowiedziało, iż zlecenie realizowane przez Mott McDonald Ltd nie obejmowało oceny z wykorzystaniem standardu PAS55, a analiza z wykorzystaniem standardu PAS55 wykonana została przez innego Konsultanta ds. Zarządzania Majątkiem Trwałym. Wobec tak jednoznacznego oświadczenia, podmiotu zlecającego przedmiotową usługę, Konsorcjum Mott nie posiada doświadczenia w wykonaniu analizy benchmarkingowej dla przedsiębiorstw gospodarki wodno-ściekowej lub wodnej lub ściekowej z wykorzystaniem standardu PAS55. Pismo nie zaprzecza informacjom podanym w referencji wystawionej w dniu 14.02.2011 r. przez Scottish Water. Zgodnie z treścią referencji (w wersji angielskojęzycznej) podmiot ten wykonał analizę oceny możliwości planistycznych w zakresie Zarządzania Majątkiem Trwałym w Scottish Water w porównaniu z kryteriami Procesu Oceny Planowania Zarządzania Majątkiem Trwałym (AMPAP) w celu wspomoczenia działań prowadzących do uzyskania akredytacji PAS55. Zatem referencja w oryginalnym brzmieniu wskazuje na wykonanie całkiem odmiennej analizy niż wymagał Zamawiający. W tłumaczeniu danej referencji Konsorcjum Mott wystąpiły pewne nieścisłości mające wpływ na opis zakresu przedmiotowej usługi. Analiza przeprowadzona przez Mott McDonald Ltd była jedynie oceną możliwości planistycznych Scottish Water, wspomagających działania prowadzące do uzyskania akredytacji PAS55, a nie jak oświadczyło to Konsorcjum Mott, analizą przeprowadzoną z wykorzystaniem standardu PAS55. Wykonawca Konsorcjum Mott McDonald nie spełnia warunku wykonania dwóch usług polegających na analizie benchmarkingowej dla przedsiębiorstw gospodarki wodno-ściekowej lub wodnej lub ściekowej z wykorzystaniem standardu PAS55.

2. Konsorcjum Mott McDonald złożyło oświadczenia wskazujące na spełnienie przedmiotowego warunku, w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wskazanie w

wykazie usług informacji, że Konsorcjum Mott posiada doświadczenie dotyczące: „*wykonania usługi benchmarkingowej dla Scottish Water z wykorzystaniem PAS55*” jest podaniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Wykonawcy z postępowania bez możliwości uzupełnienia przedmiotowego doświadczenia, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Na uwagę zasługuje fakt, iż to Zamawiający powziawszy wątpliwości, co do doświadczenia Konsorcjum Mott, w dniu 30.06.2011r. skierował do Wykonawcy prośbę o wyjaśnienia dotyczące rozbieżności pomiędzy podaną we wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu usługą a informacją uzyskaną od Scottish Water. Na wezwanie w dniu 15.07.2011 r. Konsorcjum Mott udzieliło odpowiedzi, że przedmiotowa usługa została wskazana na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu a usługa została wykonana wg. standardu AMPAP, jednocześnie podając, iż AMPAP jest całkowicie zgodny ze standardem PAS55 i stanowi podstawę uzyskania akredytacji PAS55 w przedsiębiorstwie. Dodatkowo Konsorcjum Mott przedłożyło nowy wykaz usług wraz z referencją zawierającą nowy projekt, który ma potwierdzić posiadanie doświadczenia w wykonaniu analizy benchmarkingowej z wykorzystaniem standardu PAS55. Odpowiedź udzielona przez Konsorcjum Mott potwierdza, że Wykonawca ten nie dysponuje niezbędnym doświadczeniem, a złożenie przedmiotowego oświadczenia w wykazie usług stanowi podanie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niezasadne jest twierdzenie Konsorcjum Mott, że standardy AMPAP i PAS55 są systemami zbieżnymi. AMPAP jest to Proces Oceny Planowania Zarządzaniem Majątkiem Trwałym stosowanym w celu wsparcia niezależnego regulatora działalności przedsiębiorstw wodociągowo - kanalizacyjnych w Anglii i Walii OFWAT (Ofwat czyli The Water Services Regulation Authority - Instytucja ds. Regulacji Usługami Wodociągowo – Kanalizacyjnymi). Proces oceny przeprowadzanej przez OFWAT odbywa się co 5 lat i wyraża się w okresowej ocenie biznes planów działalności wodociągowo - kanalizacyjnej ww. przedsiębiorstw. AMPAP skupia się przede wszystkim na zagadnieniach działalności przedsiębiorstw wodociągowo - kanalizacyjnych związanych z planowaniem inwestycji modernizacyjnych i odtworzeniowych (capital maintenance planning). Nadrzędnym celem standardu AMPAP jest ukierunkowanie planów modernizacyjno - odtworzeniowych infrastruktury przedkładających biznes plany, na spełnienie wymagań OFWAT. PAS55 jest natomiast standardem Brytyjskiego Instytutu Standardów (BSI - British Standards Institution) - najstarszej na świecie jednostki zajmującej się tworzeniem norm i uznawanej za wiodącą instytucję w zakresie normalizacji i certyfikacji. PAS55 jest standardem w zakresie oceny procesów biznesowych, który obejmuje pełen cykl życia aktywów tj.: planowanie, projektowanie, budowę, rozruch, eksploatację, konserwację, likwidację i umorzenie środków trwałych i wymaga dostosowania i korelacji wszystkich ww. w celu zarządzania majątkiem trwałym w oparciu o analizę ryzyka. Obejmuje również bezpośrednio planowanie na potrzeby

sytuacji awaryjnych, szkolenia, dokumentację systemu zarządzania majątkiem trwałym, zagadnienia outsourcingu. PAS55 dotyczy zatem w pełni działalności eksploatacyjnej przedsiębiorstwa, w tym kształtowania taryf, obejmującą m.in. działalność modernizacyjno-odtworzeniową, jak i planowanie rozwoju nowej infrastruktury, aspekty zatrudnienia, taryfikacji i standardów usług czy kosztów eksploatacyjnych. AMPAP nie jest w swoim zakresie standardem tożsamym z PAS55 i nie stanowi podstawy uzyskania certyfikacji PAS55. Potwierdza to również fakt wykonania w Scottish Water analizy AMPAP i niezależnie analizy PAS55 przez dwóch różnych konsultantów ds. zarządzania majątkiem trwałym. Gdyby te standardy były tożsame nie istniałaby potrzeba wykonywania dwóch identycznych analiz. Fakt wykonania dla Scottish Water analizy z wykorzystaniem PAS55 przez innego konsultanta niż Mott McDonald Ltd potwierdza jej niezależność od wcześniej przygotowanych analiz. Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania jako podmiot, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania poprzez oświadczenie, iż przedmiotowa usługa polegała na wykonaniu analizy benchmarkingowej dla Scottish Water z wykorzystaniem PAS55. Złożone uzupełnienia w tym zakresie nie powinny zostać brane pod uwagę przez Zamawiającego. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku KIO z dnia 31 maja 2010r. sygn. akt KIO/UZP 886/10 KIO/UZP 903/10: *„Wykonawcy składając ofertę oraz oświadczenia i dokumenty wymagane przez Zamawiającego zawarte w nich informacje czynią treścią oświadczenia, które składają zamawiającemu w imieniu własnym. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga aktów staranności na każdym etapie, w szczególności przy przygotowywaniu oferty i wymaganych zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp oświadczeń i dokumentów. Sanowanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp jest, w przedmiotowych okolicznościach sprawy, niedopuszczalne”* oraz wyroku KIO z dnia 06.06.2011r sygn. akt KIO 1078/11: *„Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.* Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli *„jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”*. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

3. Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi, że przedstawione na zasadach użyczenia uzupełnienie wniosku o nową usługę nie potwierdza, iż Wykonawca spełnia warunek

określony w pkt III.2.3 b) ogłoszenia. Po pierwsze, Konsorcjum Mott, które zostało wezwane przez Zamawiającego w dniu 30.06.2011 roku do wyjaśnień, nie udowodnił Zamawiającemu, iż dysponuje wiedzą i doświadczeniem podmiotu użyczającego potencjał tj. Knowledge Management Services Ltd. Przedłożenie samego zobowiązania o użyczeniu potencjału nie jest wystarczające, gdyż nie określa ono formy i zakresu udostępnienia zasobów. Zatem oświadczenie to nie jest wystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jako dowód realnego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji Konsorcjum Mott. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby podmiotu trzeciego jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Użyczenie potencjału może zostać wykazane przez Wykonawcę poprzez złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten nie określa treści takiego zobowiązania, jednakże formułuje on obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia; zobowiązanie to musi wskazywać fakt realnego przekazania wiedzy i doświadczenia, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania. Stanowisko Odwołującego potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 08.03.2011r. sygn. akt KIO 356/11 „*Złożone przez Przystępującego oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów, jest więc niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jako dowód realnego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Nie wynika z niego bowiem, do czego konkretnie zobowiązuje się podmiot, który złożył oświadczenie. Tymczasem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zobowiązanie o takiej treści, jak przedłożone przez Przystępującego, nie wykazuje, że zasoby zostaną udostępnione*”; wyrok KIO z dnia 18.02.2011r. sygn. akt KIO 250/11 „*(...) musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, (co - jak wskazano powyżej - nie ogranicza się do udziału w realizacji zamówienia sensu stricto). Oświadczenia złożone w ofercie Odwołującego nie określają w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów, są więc niewystarczające w świetle powyższego przepisu jako dowód realnego oddania do dyspozycji potencjału innego podmiotu. Nie wynika z nich bowiem, do czego konkretnie zobowiązuje się podmioty je składające. Tymczasem wykonawca ma wykazać zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami*”. Wyrok KIO z dnia 21.04.2011r. sygn. akt KIO 734/11 „*Zobowiązanie o takiej treści, jak przedłożone przez wykonawcę (...), nie wykazuje, że zasoby zostaną udostępnione. Doprecyzowanie takie należy uznać za niezbędne już przy złożeniu oferty (lub uzupełnieniu dokumentów na*

wezwanie Zamawiającego), skoro przepis ustawy nakłada na wykonawcę ciężar udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Powyższego stanowiska nie zmienia fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Brak szczegółowych wymagań nie oznacza bowiem całkowitej dowolności wykonawcy, oderwanej od obowiązku wykazania dysponowania potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia. Dopuszczenie możliwości wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu poprzez złożenie zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, prowadziłoby do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców niedysponujących zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co byłoby oczywiście sprzeczne z celem normy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Usługa zrealizowana przez Knowledge Management Services Ltd nie odpowiada doświadczeniu, które wymagał Zamawiający - uzupełnione doświadczenie nie dotyczy przeprowadzenia analizy benchmarkingowej dla przedsiębiorstw gospodarki wodno-ściekowej lub wodnej lub ściekowej z wykorzystaniem standardu PAS55, której celem powinno być odniesienie i porównanie organizacji oraz procesów biznesowych przedsiębiorstwa wodociągowo - kanalizacyjnego do najlepszych międzynarodowych praktyk w zakresie zarządzania majątkiem trwałym bazując na standardzie PAS55. Usługa wykonana przez Knowledge Management Services Ltd dotyczy przeprowadzenia audytu i procesu certyfikacji PS55-1:2008 przedsiębiorstwa South East Water. Przedmiotem działalności firmy Knowledge Management Services Ltd był audyt zgodności systemu zarządzania majątkiem przedsiębiorstwa South East Water z wymaganiami PASS 55-1:2008. Audyt został przeprowadzony w celu wydania przez firmę SGS UK Ltd Certyfikatu PAS 55-1:2008 dla South East Water. Nie dokonano zatem porównania istniejącej sytuacji w zakresie zarządzania majątkiem trwałym w firmie z najlepszymi rozwiązaniami w branży w obszarach pełnego cyklu życia aktywów tj.: planowania, projektowania, budowy, rozruchu, eksploatacji, konserwacji, likwidacji i umorzenia środków trwałych a jedynie dokonano audytu zgodności/niezgodności schematu systemu zarządzania majątkiem ze standardem PAS55 w celu wydania certyfikatu. Również druga z przedstawionych usług na potwierdzenie warunku określonego w pkt. III.2.3 d) ogłoszenia, polegająca na wykonaniu analizy benchmarkingowej dla Dwr Cymru Welsh Water z wykorzystaniem PAS55 w ramach usługi polegającej na ocenie możliwości zarządzania majątkiem należącym do Walsch Water w odniesieniu do kryteriów metodologii samooceny Asset Management Planning Assessment Process (AMPAP) pozwalających na wprowadzenie standard PAS55 w przedsiębiorstwie, w ocenie Odwołującego nie spełnia warunku określonego w pkt. III.2.3) ogłoszenia. Treść referencji uzyskanej od przedsiębiorstwa Dwr Cymru Welsh Water jest identyczna jak treść referencji wystawionej przez Scottish Water, zatem nie dotyczy ona analizy benchmarkingowej z

wykorzystaniem standardu PAS55 a jedynie analizy wykonanej wg. standardu AMPAP. W tym zakresie argumentacja i stanowisko odwołującego jest identyczne jak w przypadku zarzutu do doświadczenia uzyskanego w wykonanej usłudze dla Scottish Water.

4. Co do zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. III.2.3d): w następującym brzmieniu: *wykonać minimum 1 usługę doradczą/konsultacyjną w zakresie zarządzania majątkiem trwałym w sektorze gospodarki wodno-ściekowej o wartości co najmniej 6 milionów PLN, zrealizowana przy zastosowaniu metody zarządzania projektami Prince 2 lub PMI*, Odwołujący podnosi, iż zaprezentowana a przez Konsorcjum Mott usługa nie została zrealizowana wg metody zarządzania projektami Prince 2 lub PMI. Na potwierdzenie powyższego warunku Konsorcjum Mott przedstawiło usługę realizowaną na podstawie umowy zawartej z Ministerstwem Środowiska i Lasów w Rumunii, pn.: Kontrakt na świadczenie pomocy technicznej zatytułowanej „*Wzmocnienie instytucjonalne przyszłych beneficjentów projektów finansowanych z UE*”. Jednocześnie w wykazie usług Konsorcjum Mott wskazało, iż w ramach danej usługi zrealizowana została „*usługa w zakresie zarządzania majątkiem trwałym przedsiębiorstw, realizowana przy zastosowaniu metody zarządzania projektami PMI*”. Zatem, oświadczenie to jest nieprawdziwe, gdyż usługa ta nie została wykonana z zastosowaniem metody wskazanej przez Konsorcjum Mott (PMI) a zgodnie z procedurami stosowanymi przez firmę Mott McDonald. Wykonawca Konsorcjum Mott powinien zostać wykluczony z postępowania jako podmiot, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania poprzez oświadczenie, iż przedmiotowa usługa polegała na wykonaniu usługi doradczej w zakresie zarządzania majątkiem trwałym przedsiębiorstwa przy zastosowaniu metody zarządzania projektem PMI. Zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Mott z postępowania stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 4 Pzp.

5. Konsorcjum Mott nie spełnia warunku określonego w pkt III.2.3 e) ogłoszenia, który zawierał w swojej treści następujące wymagania: *wykonać minimum 1 usługę w zakresie zarządzania majątkiem trwałym gdzie zastosowano zintegrowane zarządzanie wartością i ryzykiem przedsięwzięć, zgodne ze standardem PAS55, w przedsiębiorstwie wodociągowo-kanalizacyjnym lub wodnym lub ściekowym w odniesieniu do programu inwestycyjnego o wartości co najmniej 800 milionów PLN*. Konsorcjum Mott przedstawiło usługę dokładnie opisaną w referencji pozyskanej z przedsiębiorstwa wodociągowo - kanalizacyjnego Anglian Water. Usługa ta miała dotyczyć badania i analizy w zarządzania trwałym aktywami, w tym majątkiem trwałym, gdzie zastosowano zintegrowane zarządzanie ryzykiem projektów, zgodne ze standardem PAS55. Mott McDonald Ltd. nie może legitymować się przedmiotowym doświadczeniem, gdyż wykonawcą dla Anglian Water usługi wdrożenia procesu zarządzania inwestycjami kapitałowymi z wykorzystaniem metody zintegrowanego zarządzania wartością i ryzykiem w odniesieniu do programu inwestycyjnego Spółki był

Grontmij Ltd. Potwierdzeniem tego jest referencja załączona do wniosku Odwołującego uzyskana od Anglian Water, gdzie Odwołujący przedstawia właśnie to doświadczenie Grontmij Ltd na zasadzie użyczenia. Firma Mott McDonald Ltd. faktycznie wykonała usługi doradcze w ramach Projektu Programów Specjalnych polegające na przeprowadzeniu analizy ryzyka tych projektów w połączeniu z opracowaniem dzienników ryzyka (dla każdego z projektu). Przygotowana analiza ryzyka projektów pozostawała w zgodzie z procesem zintegrowanego zarządzania wartością i ryzykiem w Anglian Water, opracowanym przez Grontmij Ltd. Jednakże zakres zrealizowanej usługi przez Mott McDonald Ltd nie odpowiada zakresem warunkowi postawionemu przez Zamawiającego. Usługa zintegrowanego zarządzania ryzykiem dla Projektu Programów Specjalnych, przedstawiona przez Konsorcjum Mott, była wykonana w tym samym czasie, co usługa zintegrowanego zarządzania wartością i ryzykiem, realizowana przez Grontmij. Zatem absurdalnym jest aby w tym samym czasie dwóch niezależnych konsultantów przeprowadzało dla jednego przedsiębiorstwa taką samą analizę, obejmującą ten sam zakres przedsięwzięcia. Jednocześnie stanowisko Odwołującego potwierdza referencja Konsorcjum Mott, wskazująca jednoznacznie, iż wykonana usługa polegała tylko i wyłącznie na analizie ryzyka a nie opracowaniu dotyczącym zintegrowanego zarządzania wartością i ryzykiem.

6. Wniosek konsorcjum w składzie Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Mott MacDonald Limited w Surney (W. Brytania) oraz BBF Sp. z o.o. w Poznaniu, nie został prawidłowo oceniony. Wadliwość wniosku Konsorcjum Mott polega na podpisaniu jego przez osobę, dla której nie wykazano we wniosku prawa do reprezentowania wszystkich konsorcjantów. Wniosek Konsorcjum Mott podpisał jeden z członków konsorcjum, a mianowicie Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Podstawą działania Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. było pełnomocnictwo konsorcyjne z dnia 14.02.2001 r. Pełnomocnictwem tym BBF Sp. z o.o. oraz Mott MacDonald Limited udzieliły Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. pełnomocnictwa do reprezentowania ich w postępowaniu. Zauważyć jednakże należy, iż przy dokonywaniu tej czynności prawnej Mott MacDonald Ltd nie była prawidłowo reprezentowana, co oznacza, że nie udzieliła skutecznie pełnomocnictwa liderowi konsorcjum Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. Pełnomocnictwo konsorcyjne z dnia 14.02.2011 r. podpisał w imieniu Mott MacDonald Ltd p. Robert D. - Dyrektor Oddziału. W świetle dokumentów załączonych do wniosku Konsorcjum Mott, a tym w szczególności z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Oddziału Mott MacDonald Ltd w Polsce jednoznacznie wynika, że p. Robert D. jest jedynie pełnomocnikiem Mott MacDonald Ltd upoważnionym do reprezentacji jedynie w oddziale. Do reprezentacji Mott MacDonald Ltd upoważnieni są natomiast dwaj członkowie rady dyrektorów lub członek rady dyrektorów łącznie z sekretarzem spółki. Informacje powyższe jednoznacznie wynikają z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Oddziału Mott MacDonald Ltd w Polsce oraz

odpisu z Companies House (rejestr spółek w prawie angielskim i walijskim) dla Mott MacDonald Ltd załączonych do wniosku Konsorcjum Mott. Nie jest wiadomym, czy p. Robert D. mógł podpisać pełnomocnictwo konsorcyjne z dnia 14.02.2011 r. w imieniu Mott MacDonald Ltd. Bez wątplenia działał bowiem w imieniu Mott MacDonald Ltd na co jednoznacznie wskazuje treść przedmiotowego pełnomocnictwa. Z pewnością też nie występował w zakresie działalności oddziału w Polsce, bowiem pełnomocnictwo z 14.02.2011 r. jednoznacznie stanowi o działaniu w imieniu Mott MacDonald Ltd oraz oferta konsorcjum Mott Donald Ltd, odwołuje się do potencjałów tej firmy, a nie potencjału oddziału w Polsce. W takim stanie faktycznym powstają dwie kluczowe wątpliwości natury prawnej: - czy p. Robert D. dysponował umocowaniem pozwalającym mu na działanie w imieniu Mott MacDonald Ltd w zakresie przekraczającym prowadzenie spraw oddziału; - czy p. Robert D., nawet jeżeli dysponował umocowaniem pozwalającym mu na działanie w imieniu Mott MacDonald Ltd w zakresie przekraczającym prowadzenie spraw oddziału, był uprawniony do udzielenia dalszego pełnomocnictwa (tj. pełnomocnictwa dla Mott MacDonald Polska Sp. z o.o.). Zgodnie z postanowieniami art. 106 Kodeksu cywilnego pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa, a stosownie do treści art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna (a taką jest udzielenie pełnomocnictwa) dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Mott do uzupełniania pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednakże obowiązek ten nie zachodzi w okoliczności wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mott na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

7. Dokumenty przedstawione na potwierdzenie należytego wykonania usług określonych w pkt III.2.3 wykazanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Mott nie poświadczają należytego wykonania realizowanych usług. Potwierdzają jedynie ich wykonanie jednakże nie odnoszą się, do jakości zrealizowanych prac, co jest wadliwe. Powyższe potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.11.2009r., sygn. akt. 1432/09 *„Izba podziela poglądy prezentowane w orzecznictwie, iż dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień nie muszą zawierać wprost sformułowania, że usługi, dostawy lub roboty budowlane zostały „wykonane należyście”, jednak z ich treści powinna wynikać pozytywna ocena, iż zamówienia zostały zrealizowane w sposób prawidłowy i staranny tj. zgodny z umową - w wymaganym terminie, w pełnym zakresie itp. Z treści omawianych pism wynika jedynie, że zamówienia zostały zrealizowane. Nie można zatem uznać, że wykonawca wykazał należyte wykonanie ww. zamówień zważywszy w szczególności, że zamawiający wymagał „jednoznacznego” potwierdzenia należytego wykonania usług”*.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Mott MacDonald House Limited Surrey, Mott MacDonald Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek Przystępującego wraz z wyjaśnieniem dokumentów, jak również biorąc pod uwagę wniosek Odwołującego, oświadczenia i stanowiska Odwołującego i uczestnika postępowania oraz złożone w trakcie rozprawy dowody, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie uwzględniono wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania, uzasadnionego złożeniem odwołania przez podmiot nie będący wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu wobec złożenia we wniosku Odwołującego pełnomocnictwa z 22 lutego 2011 r. udzielonego przez Grontmij Limited z siedzibą przy Grove House dla Grontmij Polska spółki z o.o. w Poznaniu, na podstawie którego ustanowiono Grontmij Polska spółkę z o.o. w Poznaniu *prawowitym pełnomocnikiem do działania w imieniu i na jej rzecz w procedurze przetargowej prowadzonej przez AQUANET SA (...) o nazwie Pomoc Techniczna współfinansowana z Funduszu Spójności przy Wdrożeniu Systemu Zarządzania Majątkiem w ramach Projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej dla ochrony zasobów wodnych w Poznaniu. Etap I („Oferta przetargowa”) do składania oświadczeń, poświadczania zgodności kopii dokumentów, do parafowania dokumentów oraz do wykonywania wszelkich czynności i podejmowania wszelkich działań, które są niezbędne do wykonania i podjęcia przez Spółkę oraz do uzgadniania, zatwierdzania, negocjowania, sporządzania, modyfikowania i/lub podpisywania wszelkich aktów, dokumentów i dokumentacji związanej z Ofertą Przetargową (str. 86 i 88 wniosku Odwołującego).* Jak wynika z analizy wniosku, został on złożony przez Grontmij Polska spółkę z o.o. w Poznaniu – wynika to z treści formularza wniosku, gdzie podano jako wykonawcę Grontmij Polska spółkę z o.o. w Poznaniu, wniosek został podpisany przez pełnomocnika tego podmiotu umocowanego przez jego organ i w jego imieniu, załączono do wniosku dokumenty podmiotowe dotyczące Grontmij Polska spółki z o.o. w Poznaniu. Podmiot ten posiada pełną samodzielność, również wobec podmiotu udzielającego pełnomocnictwa, nie jest

przykładowo oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego, może zatem we własnym imieniu złożyć wniosek. W świetle powyższych okoliczności, jakkolwiek złożenie pełnomocnictwa udzielonego na rzecz Grontmij Polska spółka z o.o. w Poznaniu zdaje się być zbędnym i nasuwającym pewne wątpliwości co do celowości jego złożenia, uznano, że wniosek a także odwołanie złożył ten sam wykonawca, to jest Grontmij Polska spółka z o.o. w Poznaniu. Fakt zamieszczenia spornego pełnomocnictwa bezpośrednio przy zobowiązaniu Grontmij Limited z siedzibą przy Grove House do udostępnienia Odwołującemu zasobów, uprawdopodobnia wyjaśnienie tego stanu rzeczy zaprezentowane przez Odwołującego, zgodnie z którym pełnomocnictwo złożono w związku z udostępnieniem zasobów. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 sierpnia 2011 r. w spr. KIO 1612/11, „*W ocenie Izby, wskazanie w ofercie, w oznaczeniu wykonawcy, na Przystępującego jako lidera konsorcjum nie jest wystarczające do uznania, iż wykonawca ten złożył ofertę wspólnie z innym podmiotem. Dla właściwego ustalenia podmiotu, będącego wykonawcą w niniejszym postępowaniu, odwołać należy się zarówno do treści oferty, jak i załączników, które w sposób nierozzerwalny związane są z ofertą i które, przynajmniej w tym aspekcie, stanowią konsekwencję złożenia oferty o takiej a nie innej treści*”.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W analizowanej sprawie, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych w odwołaniu zarzutów, dopatrzono się takich naruszeń.

Na wstępie stwierdzenia wymagało, iż – wbrew twierdzeniu Odwołującego – nie ma przeszkód dla uznania wartości w przedmiotowym postępowaniu oświadczeń złożonych przez Przystępującego. Okoliczność, że Zamawiający wykazał bierność procesową nie stawiając się na rozprawę oraz nie prezentując swego stanowiska w odniesieniu do zarzutów postawionych wobec jego czynności – oceny wniosków złożonych w postępowaniu – nie oznacza, że wyraził stanowisko, z którym oświadczenia Przystępującego miałyby być sprzeczne. Zgodnie bowiem z treścią art. 185 ust. 1 ustawy, czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Brak wyraźnego stanowiska Zamawiającego, w tym takiego, którym

przyznałby zasadność wszystkim lub części zarzutów, musi być rozumiany jako pozostawanie w stanowisku zaprezentowanym w ramach oceny złożonych wniosków – pozostaje zatem ta czynność, którą Zamawiający zaprezentował i do której skierowano zarzuty w odwołaniu, to jest czynność pozytywnej oceny wniosku Przystępującego. W tym kontekście oświadczenia Przystępującego w odniesieniu do postawionych zarzutów nie mogą być potraktowane jako sprzeczne z czynnościami i oświadczeniami strony, do której nastąpiło przystąpienie (w przedmiotowej sprawie – czynnościami i oświadczeniami Zamawiającego).

Uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

1. W odniesieniu do zarzutu podania nieprawdziwych informacji, uznano, iż powyższy zarzut, dotyczący podania nieprawdziwych informacji w wykazie usług wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Mott MacDonald House Limited Surrey, Mott MacDonald Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu nie znalazł potwierdzenia.

Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie badanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji spoczywa na Odwołującym.

Wobec braku definicji legalnej w ustawie – Prawo zamówień publicznych pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych odwołano się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN 1095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Powyższe rozumienie pojęcia „nieprawdziwych” informacji nawiązuje do obiektywnej niezgodności treści podawanych oświadczeń z rzeczywistością. Podkreślenia przy tym wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: ACa 1018/05 *niepubl*). Jakkolwiek jednak postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać podwyższoną staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji, to jednak staranność ta nie może sięgać tak daleko, by można było wnioskować o złożeniu nieprawdziwych informacji na podstawie dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które odpowiadają na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, co do którego – wobec posłużenia się pojęciami niejednoznacznymi, czy też takimi, co do można przyjmować różne rozumienia.

Dodatkowo dostrzec należy, że wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz działania wykonawców nie znajdującego uzasadnienia w dokumentach postępowania (specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia) czy wytycznych stawianych przez orzecznictwo lub nawet ugruntowaną praktykę. Z takim działaniem nie można utożsamiać działania w warunkach błędnego, uzasadnionego sytuacją zrozumienia dokumentów opracowanych przez zamawiającego (specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy ogłoszenia). Na uwagę w tym miejscu zasługuje fakt, że Zamawiający w zakresie warunku udziału w postępowaniu którego spełnienie przez Przystępującego kwestionuje Odwołujący posłużył się terminologią (standard PAS55), która wywołuje rozbieżności interpretacyjne co do swego zakresu, w tym relacji do metodologii AMPAP. Wyraz takiego niejednoznacznego rozumienia wymagania stanowi argumentacja zaprezentowana w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 15 lipca 2011 r.: *„Prace benchmarkingowe wykonaliśmy dla Scottish Water używając „Asset Management Planning Process” (AMPAP), który stanowi podstawowe narzędzie wykorzystywane przez wszystkie spółki wodne w Anglii i Walii i jest uznawane za najlepsze praktyki przez Regulatora Ofwat. AMPAP jest całkowicie zgodne ze standardem PAS55 (wczesna wersja PAS55 była uzyskiwana poprzez wykonanie AMPAP), więc usługa i praca, jaką wykonaliśmy i zalecenia były dobrą podstawą do przygotowania Scottish Water do akredytacji PAS55.”* Nadto, potwierdzeniem, że standard PAS55 nie jest pojęciem, którego ustalenie znaczenia nie wymaga podejmowania zabiegów interpretacyjnych i sięgania do specjalistycznych źródeł jest okoliczność, że i Odwołujący, dla wykazania słuszności swego stanowiska wskazującego na brak tożsamości pojęć „standard PAS55” oraz „metodologia AMPAP” nie odwołał się do pojęć potocznie znanych i rozumianych ale złożył kopię profesjonalnej publikacji – *„PAS55 –1:2008 Zarządzanie aktywami. Część 1: Specyfikacja dla zoptymalizowanego zarządzania aktywami materialnymi”*, BSI wrzesień 2008).

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast zgodnie z pkt 4 tego przepisu wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dostrzeżenia także wymaga w tym miejscu, iż gdyby każdorazowo utożsamiać niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ze złożeniem nieprawdziwych informacji, regulacja art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miałaby innego zastosowania aniżeli sytuacje, gdy wykonawca w ogóle nie złożył jakichkolwiek

dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu. Stąd należy raczej przyjąć, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy, która w konkretnym układzie faktycznym może kumulować się z opisanym w pkt 3 tego przepisu złożeniem nieprawdziwych informacji. Przyjęcie, w ślad za poglądem wnoszących odwołania, że każdorazowo zawarte w wykazie usług oświadczenia, złożone w dobrej wierze, z uwzględnieniem wymaganej w danych okolicznościach staranności płynącej z profesjonalnego charakteru działalności wykonawcy, z których nie będzie wynikało wykazanie postawionego warunku udziału w postępowaniu stanowią o złożeniu nieprawdziwych informacji oznaczałoby, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nigdy nie miałyby zastosowania. Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazuje, że podlega wykluczeniu wykonawca, jeżeli „*jest winny poważnego wprowadzenia w błąd*”. Powyższe oznacza, że każdorazowo oceny, czy w postępowaniu złożono nieprawdziwe informacje należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności sprawy, to jest biorąc pod uwagę, na ile wykonawca działa w uzasadnionym, błędnym rozumieniu warunku (*jest winny wprowadzenia w błąd*), na ile zamawiający w opracowanych przez siebie dokumentach (ogłoszeniu, specyfikacji) posługuje się pojęciami nieostrymi, pozwalającymi na różne rozumienie użytej terminologii.

Biorąc pod uwagę powyższe, na gruncie stanu faktycznego przedmiotowej sprawy uznano, iż brak jest podstaw do przypisania Przystępującemu złożenia nieprawdziwych informacji, skutkującego koniecznością wykluczenia z postępowania. Nie potwierdził się zatem, stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Podzielono natomiast zarzut, dotyczący niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. III.2.3 b) ogłoszenia, zgodnie z którym wykonawca powinien wykazać się wykonaniem minimum 2 usług analizy benchmarkingowej dla przedsiębiorstw gospodarki wodno-ściekowej lub wodnej lub ściekowej, z wykorzystaniem standardu PAS55.

Dla wykazania spełnienia przedmiotowego warunku Przystępujący w pierwotnie złożonym, wraz z wnioskiem wykazie wykonanych usług podał dwie usługi:

- *wykonanie analizy benchmarkingowej dla Dwr Cymru Welsh Water z wykorzystaniem PAS55 w ramach usługi polegającej na ocenie możliwości zarządzania majątkiem należącym do Welsh Water w odniesieniu do kryteriów metodologii samooceny Asset Managment Planning Assessment Process (AMPAP) pozwalających na wprowadzenie standardu PAS55 w przedsiębiorstwie (pozycja 4 wykazu usług);*

- wykonanie analizy benchmarkingowej dla Scottish Water z wykorzystaniem PAS55 w ramach usługi polegającej na ocenie możliwości zarządzania majątkiem należącym do Walsch Water w odniesieniu do kryteriów metodologii samooceny Asset Management Planning Assessment Process (AMPAP) pozwalających na wprowadzenie standardu PAS55 w przedsiębiorstwie (pozycja 5 wykazu usług).

Przystępujący w ramach wyjaśnień złożonych wraz z wnioskiem dokumentów uzupełnił wykaz wykonanych usług o dodatkową usługę, wykonaną przez SGS UK Ltd. (pozycja 5a uzupełnionego wykazu usług), którą przedstawił korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś jej zakres określił w wykazie następująco:

- wykonanie usługi analizy benchmarkingowej dla South East Water z wykorzystaniem Pas55 w ramach usługi polegającej na wykonaniu: analizy luki do oceny stopnia zgodności aktywów South East Water z wymaganiami PAS55-1:2008 na podstawie analizy zgłoszone zostały obszary, w których występowały niezgodności i obszary, które powinny zostać poddane poprawie); wstępnej ocenie poziomu zgodności aktywów South East Water z wymaganiami PAS55-1:2008 na podstawie analizy zgłoszone zostały obszary, w których występowały niezgodności, co pozwoliło South Water podjąć działania naprawcze; audyt mającego na celu ocenę poziomu zgodności South Water z wymaganiami PAS55-1:2008 celem było wydanie certyfikatu PAS55-1:2008). Certyfikat został uzyskany.

Na wstępie podkreślenia wymaga – wobec stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, że w świetle brzmienia postawionego warunku nie będzie wystarczającym wykazanie się doświadczeniem w realizacji takich zadań, które wykonano z zastosowaniem narzędzia Asset Management Planning Assessment Process (AMPAP). Odwołujący przekonująco wykazał, iż standard PAS55 oraz metodologia Asset Management Planning Assessment Process (AMPAP) nie są tożsame; potwierdził to także Przystępujący podając, że AMPAP stanowi element systemu PAS55. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2011 r. Przystępujący podał, iż „Prace benchmarkingowe wykonaliśmy dla Scottish Water używając „Asset Management Planning Process” (AMPAP), który stanowi podstawowe narzędzie wykorzystywane przez wszystkie spółki wodne w Anglii i Walii i jest uznawane za najlepsze praktyki przez Regulatora Ofwat. AMPAP jest całkowicie zgodne ze standardem PAS55 (wczesna wersja PAS55 była uzyskiwana poprzez wykonanie AMPAP), więc usługa i praca, jaką wykonaliśmy i zalecenia były dobrą podstawą do przygotowania Scottish Water do akredytacji PAS55.”, i potwierdził powyższe również w postępowaniu odwoławczym (pismo złożone na rozprawie). Warunek udziału w postępowaniu, opisany w pkt III.2.3 ppkt b ogłoszenia o zamówieniu na obecnym etapie nie może być kwestionowany. Upłynęły terminy na składanie odwołań wobec brzmienia ogłoszenia, zaś rzeczą wykonawców na obecnym etapie postępowania jest zastosować się do brzmienia tak ukształtowanego warunku i wykazać takie doświadczenie, które będzie czyniło zadość jego brzmieniu. Warunek w

sposób nie pozostawiający wątpliwości mówi o konieczności wykazania się usługami z wykorzystaniem standardu PAS55.

Poddając analizie wymienione dokumenty uznano, że przedwczesną była ocena dokonana przez Zamawiającego, iż Przystępujący spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu. W odniesieniu do wykazywanych usług Zamawiający zwrócił się bowiem do ich odbiorców z zapytaniem, czy obejmowały one analizę benchmarkingową z wykorzystaniem standardu PAS55. Jeden z odbiorców – Scottish Water udzielił odpowiedzi, w odniesieniu do usługi opisanej w pozycji 5 wykazu usług, zgodnie z którą zadanie obejmowało (analizę porównawczą benchmarkingową) możliwości systemu zarządzania tego podmiotu z Procesem Oceny Planowania Zarządzania Majątkiem Trwałym (AMPAP). Odbiorca usługi jednoznacznie oświadczył, że zlecenie nie obejmowało oceny zgodności z wykorzystaniem standardu PAS55, przy czym wstępna analiza zgodności z PAS55 wykonana została przez inny podmiot. Wobec tak jednoznacznego oświadczenia odbiorcy usługi, co istotne, wyraźnie zapytanego o to, czy projekt obejmował zadanie polegające na przygotowaniu analizy porównawczej (benchmarkingowej) z wykorzystaniem normy PAS55, należało uznać, że w odniesieniu do usługi ujętej w pozycji 5 wykazu usług wykonanej dla Scottish Water nie można uznać, by wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Mott MacDonald House Limited Surrey, Mott MacDonald Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu spełnili warunek udziału w postępowaniu.

Podobnie należało ocenić drugą usługę, ujętą w pozycji 4 wykazu usług a wykonaną na rzecz Dwr Cymru Welsch Water: ze szczegółowego opisu zawartego w referencjach opisujących tę usługę wynika, iż jej przedmiotem była *Ocena możliwości zarządzania majątkiem należącym do Welsch Water w odniesieniu do kryteriów metodologii samooceny Asset Management Planning Assessment Process (AMPAP) pozwalających na wprowadzenie standard PAS55 w przedsiębiorstwie*. Przytoczony opis zadania wyraźnie wskazuje, iż przy realizacji przedmiotowej usługi wykorzystano metodologię AMPAP, zaś osiągnięcie standardu PAS55 jest kwestią ewentualnej przyszłości – przeprowadzone działania dopiero pozwalają (albo pozwolą) na wprowadzenie standardu PAS55 u odbiorcy usługi. Konstrukcja tego opisu nie pozostawia wątpliwości, iż wynikiem działań nie jest rezultat w postaci wprowadzenia standardu PAS55, ale ich wykonanie dopiero pozwoli na jego wprowadzenie. Powyższe determinowało wniosek, iż na podstawie usługi podanej w pozycji 4 wykazu usług, wykonanej dla Dwr Cymru Welsch Water nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie podzielono natomiast argumentacji odwołania, iż także kolejna usługa – wskazana z własnej inicjatywy przy wyjaśnieniach złożonych dokumentów, bez wezwania przez Zamawiającego do ich uzupełnienia nie spełnia postawionego warunku: w powyższym

zakresie Odwołujący argumentuje, iż *uzupełnione doświadczenie nie dotyczy przeprowadzenia analizy benchmarkingowej dla przedsiębiorstw gospodarki wodno-ściekowej lub wodnej lub ściekowej z wykorzystaniem standardu PAS55, której celem powinno być odniesienie i porównanie organizacji oraz procesów biznesowych przedsiębiorstwa wodociągowo - kanalizacyjnego do najlepszych międzynarodowych praktyk w zakresie zarządzania majątkiem trwałym bazując na standardzie PAS55. Natomiast usługa wykonana przez Knowledge Management Services Ltd dotyczy przeprowadzenia audytu i procesu certyfikacji PAS55-1:2008 przedsiębiorstwa South East Water. Zdaniem Odwołującego, przedmiotem zadania był audyt zgodności systemu zarządzania majątkiem przedsiębiorstwa South East Water z wymaganiami PAS 55-1:2008 w celu wydania przez firmę SGS UK Ltd Certyfikatu PAS 55-1:2008.*

Nie podzielono tak zaprezentowanej argumentacji – zarówno z opisu zadania zawartego w wykazie (poz. 5a uzupełnionego wykazu) jak i opisu zamieszczonego w referencjach nie wynika, by w ramach zadania nie przeprowadzono analizy benchmarkingowej obejmującej pełny cykl życia aktywów tj.: planowania, projektowania, budowy, rozruchu, eksploatacji, konserwacji, likwidacji i umorzenia środków trwałych. Okoliczność, że analizę przeprowadzono w celu wydania certyfikatu zgodności z PAS55-1:2008 nie oznacza, że zakres analizy był niepełny. Sam Odwołujący złożył publikację *„PAS55 –1:2008 Zarządzanie aktywami. Część 1: Specyfikacja dla zoptymalizowanego zarządzania aktywami materialnymi”*, (BSI wrzesień 2008), która odnosi się do tego certyfikatu i wyraźnie nawiązuje do standardu PAS55 jako normy. Zawarto w niej sugestie wskazujące na konieczność całościowego traktowania zawartych w niej wytycznych: *„wymagania niniejszej specyfikacji PAS) są nierozdzielnie ze sobą połączone, a dokument ten powinien być czytany w całości. Zarządzanie aktywami jest ze swej natury podejściem zintegrowanym i nie może zostać pomyślnie wdrożone przez jedynie częściowe zastosowanie wymagań niniejszej specyfikacji”* (Podrozdział 0.5 Zastosowanie PAS55, str. 12).

Jeśli zatem Odwołujący nie kwestionuje samego faktu wykonania usługi mającej na celu audyt zgodnie z normą PAS55-1:2008, to brak jest podstaw do wnioskowania, by audyt ten obejmował zakres węższy, aniżeli wyznaczony tą normą. Odwołujący okoliczności tej nie wykazał, zaś złożony w postępowaniu odwoławczym dokument - publikacja *„PAS55 –1:2008 Zarządzanie aktywami. Część 1: Specyfikacja dla zoptymalizowanego zarządzania aktywami materialnymi”*, (BSI wrzesień 2008), potwierdza raczej wnioskowanie, że jeśli dane zadanie prowadzono z wykorzystaniem standardu PAS55, czy też zgodnie z normą PAS55-1:2008, w celu odpowiedniej certyfikacji, to taka usługa obejmowała pełen zakres czynności związanych z analizą zarządzaniem aktywami.

Wniosek powyższy potwierdza także treść referencji dotyczących przedmiotowego zadania – zawarto w tych referencjach stwierdzenia, wskazujące na pełną analizę aktywów:

świadczone usługi: analiza luki do oceny stopnia zgodności aktywów South East Water z wymaganiami PAS55-1:2008. Na podstawie analizy zgłoszone zostały obszary, w których występowały niezgodności i obszary, które powinny zostać poddane poprawie. Wykonano wstępną ocenę zgodności aktywów South East Water z wymaganiami PAS55-1:2008. Na podstawie analizy zgłoszone zostały obszary, w których występowały niezgodności, co pozwoliło South Water podjąć działania naprawcze". Przypomnienia w tym miejscu wymaga brzmienie postawionego warunku – jego treścią jest wykonanie odpowiednich usług z wykorzystaniem standardu PAS55. Bez znaczenia pozostaje tutaj okoliczność, że analiza miała na celu certyfikację, ważne jest, by zastosowano w jej ramach metodologię właściwą dla tej normy. Odwołujący nie wykazał także, by w ramach przedmiotowej usługi nie wykonano analizy benchmarkingowej – nie jest wystarczającym potwierdzeniem takiej tezy sam fakt wykonania analizy dla celów certyfikacji.

Z powyższych względów uznano, iż Odwołujący nie wykazał, by usługa opisana w poz. 5a uzupełnionego wykazu, nie spełniała postawionego warunku udziału w postępowaniu. Nie dotyczy to jednak pozostałych dwóch usług (pozycje 4 i 5 wykazu usług), wykonanych przez Mott MacDonald Limited dla Dwr Cymru Welsch Water oraz Scottish Water.

3. Nie podzielono argumentacji odwołania wskazującej, że usługa wykonana przez Mott MacDonald Ltd dla SGS UK Ltd nie może być uznana z uwagi na nieudowodnienie Zamawiającemu, iż wykonawca dysponuje wiedzą doświadczeniem podmiotu użyczającego potencjał.

W powyższym zakresie Odwołujący stoi na stanowisku, iż przedłożenie samego zobowiązania o użyczeniu potencjału nie jest wystarczające, gdyż nie określa ono formy i zakresu udostępnienia zasobów; że warunkiem koniecznym powołania się na zasoby podmiotu trzeciego jest wykazanie, że zostaną one udostępnione, a zobowiązanie to musi wskazywać fakt realnego przekazania wiedzy i doświadczenia, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania. Zaprezentowana w odwołaniu argumentacja, opatrzona stosownym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie stoi jednak na przeszkodzie uznaniu, że złożone przez Przystępującego zobowiązanie Knowledge Management Services Limited do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia spełnia postulaty podnoszone przez Odwołującego. W treści tego zobowiązania wszak wyraźnie podano, iż podmiot udostępniający zasobu „zobowiązuje się do oddania firmie Mott MacDonald Polska sp. z o.o. do dyspozycji swoich zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia tj. wiedzy i doświadczenia oraz uczestniczenia w realizacji zamówienia odpowiednio do zakresu udostępnionych zasobów.” Dostrzec trzeba, iż wbrew stanowisku Odwołującego, przedmiotowe zobowiązanie nosi znamiona realnego przekazania zasobu, jakim jest wiedza

i doświadczenie. Nie ulega wątpliwości, że wystawca zobowiązania Knowledge Management Services Limited złożył jednoznaczne i bezwarunkowe zobowiązanie, którego treścią jest udostępnienie posiadanego doświadczenia i wiedzy. Staranna lektura przedmiotowego zobowiązania wskazuje także, że określa ono – wbrew twierdzeniu Odwołującego - zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasobu w wykonanie zamówienia, skoro podmiot ten oświadczył, że w ramach tego udostępnienia zobowiązuje się do *uczestniczenia w realizacji zamówienia*. Również zakres tego uczestnictwa w związku z udostępnieniem zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia został zaprezentowany w zobowiązaniu, skoro podano tam wyraźnie, że podmiot udostępniający wiedzy i doświadczenia zobowiązuje się do *uczestniczenia w realizacji zamówienia odpowiednio do zakresu udostępnionych zasobów*.

W świetle powyższego, nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty odnoszące się do treści zobowiązania Knowledge Management Services Limited z dnia 12 lutego 2011 r.

4. Podzielono zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.3 d ogłoszenia, zgodnie z którym wykonawca musiał wykonać minimum 1 usługę doradczą/konsultacyjną w zakresie zarządzania majątkiem trwałym w sektorze gospodarki wodno-ściekowej o wartości co najmniej 6 milionów PLN, zrealizowaną przy zastosowaniu metody zarządzania projektami Prince 2 lub PMI.

Odwołujący przedstawił pismo odbiorcy usługi – Ministerstwa Środowiska i Lasów Rumunii, z którego wynika, że usługę o takim zakresie podmiot Mott MacDonald wykonał na podstawie wskazanej umowy, autor pisma jednak wyraźnie podkreślił, że *Co do metodologii zarządzania projektem przyjętej w ramach umowy, była ona zgodna z procedurami spółki Mott MacDonald (vide: złożony na rozprawie dowód z korespondencji Odwołującego do przedstawicielki Ministerstwa Środowiska i Leśnictwa, Dyrektorat ds. Ewaluacji i Programów, Sektorowy Program Operacyjny „Środowisko” Organ Zarządzający)*. Wniosek odmienny nie wynika z opisu projektu zawartego w referencjach złożonych we wniosku Przystępującego, gdzie szczegółowo wymieniono zakres zadań i osiągnięte rezultaty w wyniku realizacji projektu, nie wskazuje się tam jednak sposobu i metodologii wykonania zadania, w tym zastosowania metody zarządzania projektami Prince 2 lub PMI. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że zastosowanie ustandaryzowanych metodyk, takich jak PRINCE2 czy PMI z zasady wiąże się z zaangażowaniem w wykonywanie zadania nie tylko wykonawcy, ale także podmiotu, na rzecz którego wykonywano usługę. Stąd przyznano wiarygodność złożonemu przez Odwołującego oświadczeniu osoby działającej w imieniu Ministerstwa Środowiska i Leśnictwa. Powyższe stanowi o niewykazaniu przez Przystępującego spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu.

5. Nie podzielono zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.3 e) ogłoszenia, a który zawierał w swojej treści następujące

wymaganie: wykonanie minimum 1 usługi w zakresie zarządzania majątkiem trwałym gdzie zastosowano zintegrowane zarządzanie wartością i ryzykiem przedsięwzięć, zgodne ze standardem PAS55, w przedsiębiorstwie wodociągowo-kanalizacyjnym lub wodnym lub ściekowym w odniesieniu do programu inwestycyjnego o wartości co najmniej 800 milionów PLN. Z opisu przedsięwzięcia zawartego w wykazie usług (pozycja 9 wykazu) wynika, że przedmiotem zadania było świadczenie usług doradczych, które obejmowały min. zarządzanie programem, w tym jego kosztami, ryzykiem oraz harmonogramem. W ramach usługi wykonano także badania i analizy w zakresie zarządzania aktywami w tym majątkiem trwałym przedsiębiorstwa. Kluczowe znaczenie pośród świadczonych usług miało zintegrowane zarządzanie ryzykiem projektów (zarządzanie ryzykiem prowadzone w połączeniu z zarządzaniem zakresem, kosztami oraz harmonogramem projektów), zgodnie ze standardem PAS55. Projekt realizowany w ramach czwartej edycji Planu Zarządzania Aktywami (AMP4) Agencji Środowiska (Environment Agency). Również opis zawarty w referencjach dotyczących przedmiotowej usługi wskazuje, że jej przedmiot obejmował nie tylko – do czego zmierza Odwołujący – analizę ryzyka, ale także zintegrowane zarządzanie wartością i ryzykiem. Przeczy powyższemu z jednej strony opis zadania w wykazie usług złożonym przez Przystępującego, z drugiej zaś jego opis w referencjach wystawionych przez Anglian Water, gdzie wyraźnie mówi się, iż proces zarządzania ryzykiem był zintegrowany z procesem interwencji w zakresie ryzyka i wartości Anglian Water oraz z jego głównym celem dotyczącym poszukiwania najniższego kosztowo rozwiązania na cały okres życia projektu przy akceptowalnym poziomie szczytkowego ryzyka biznesowego.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że Grontmij Ltd w tym samym czasie wykonał dla odbiorcy usługi (Anglian Water Services Limited) identyczny zakres zadania nie oznacza jeszcze, że w latach 2005 - 2010 Przystępujący nie wykonał usługi o opisanym przez siebie zakresie. Przystępujący przekonująco bowiem wykazał, że w tym samym czasie realizowano więcej niż jeden projekt i że Przystępujący wykonywał zadanie obejmujące min. zintegrowane zarządzanie wartością i ryzykiem przedsięwzięć w ramach jednego z programów. W tych okolicznościach podnoszone przez Odwołującego tezy nie pozostają w sprzeczności z treścią złożonych we wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Mott MacDonald House Limited Surrey, Mott MacDonald Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu dokumentów i oświadczeń. Zarówno w wykazie jak i referencjach złożonych przez Przystępującego dotyczących usługi opisanej w pozycji 9 wykazu wyraźnie mówi się o programie inwestycyjnym, wskazując jego wartość w wykazie usług 1.107 mld zł (237 mln GBP), podobnie w referencjach mówi się o wartości całego projektu 237 mln funtów. Natomiast ze złożonych przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym dokumentów (własnego wniosku złożonego w postępowaniu – zawartego w

nim wykazu usług oraz referencji dotyczących – zgodnie z twierdzeniem Odwołującego - tego samego zadania) wynika: wartość zadania 9.909.344.800,00 zł; „Grontmij Ltd w sposób zadawający wykonała umowę ramową AMP4 (Plan Zarządzania Majątkiem 2005-2010) w zakresie usług doradztwa technicznego i projektowania, będąc częścią zespołu @One Alliance realizującego program inwestycyjny kapitału regulowanego dla Anglian Water. Całkowita wartość honorariów Grontmij Ltd z tego tytułu i w tym okresie wyniosła 10 mln funtów. Umowa ramowa Grontmij została od tego czasu przedłużona na okres 2010-2015, i spółka ta ponownie będzie częścią zespołu @One Alliance realizującego nasz program inwestycyjny kapitału regulowanego (...)” vide: referencje Anglian Water ze stycznia 2011, str. 69 wniosku Odwołującego). Natomiast w drugim dokumencie referencji zawartych we wniosku Odwołującego (referencje Anglian Water, str. 85 wniosku Odwołującego) mówi się: *Grontmij Ltd pomagał we wdrożeniu procesu zarządzania inwestycjami kapitałowymi z wykorzystaniem metody zintegrowanego zarządzania wartością i inwestycjami kapitałowymi z wykorzystaniem metody zintegrowanego zarządzania wartością i ryzykiem i obecnie wdraża te procesy w naszym bieżącym programie inwestycji kapitałowych. Proces ten uważany za zgodny z ogólnymi wymogami regulacyjnymi (Common Framework) oraz ze standardem PAS55 (System zarządzania majątkiem). Proces ten został zastosowany w naszym regulowanym programie inwestycyjnym 2005-2010 o wartości 1466 milionów funtów i nadal jest stosowany w naszym obecnym regulowanym programie inwestycyjnym o wartości 2122 milionów funtów na lata 2010-2015. (...)*”. Opisane dokumenty potwierdzają, że zadania wykazywane przez Odwołującego oraz przez Przystępującego, jakkolwiek wykonane dla tego samego odbiorcy i mające za przedmiot zbliżony zakres, mogły być realizowane w tym samym zakresie czasowym (lata 2005-2010) niezależnie przez każdego z wykonawców lub ich partnerów. Z treści opisanych dokumentów wynika bowiem, że zadania te były realizowane w ramach większych przedsięwzięć czy programów, o wartości znacznie większej aniżeli wartość zadań, jakie wykonali w ich ramach Grontmij Ltd czy Mott MacDonald Ltd. Potwierdza to tezę przedstawioną przez Przystępującego, zgodnie z którą „w okresie od 2005 do 2010 roku przedsiębiorstwo Anglian Water miało dwa tzw. zaprojektuj i wybuduj Projekty Ramowe. Pierwszy z nich był wykonywany przez „One Alliance”, do którego należał Grontmij, natomiast drugi wykonywany był przez Mott MacDonald i nazwany był Projekty Specjalne”.

Odwołujący w tym zakresie nie wykazał tezy odmiennej, poprzestając na ogólnym stwierdzeniu, że usługa zintegrowanego zarządzania ryzykiem dla Projektu Programów Specjalnych, przedstawiona przez Konsorcjum Mott na dowód spełniania wymagań zdolności technicznej oferenta, była wykonana w tym samym czasie co usługa zintegrowanego zarządzania wartością i ryzykiem, realizowana przez Grontmij. Zatem absurdalnym jest aby w tym samym czasie dwóch niezależnych konsultantów

przeprowadzało dla jednego przedsiębiorstwa taką samą analizę, obejmującą ten sam zakres przedsięwzięcia.

Tezę zaprezentowaną przez Przystępującego potwierdza także treść referencji przedstawionych odpowiednio przez tych wykonawców: referencje Grontmij Polska sp. z o.o. rzeczywiście wskazują, że Grontmij Ltd brał udział w realizacji prac w ramach zespołu One Alliance, podczas gdy referencje Przystępującego odnoszą się już do Programu Projektów Specjalnych, co uprawdopodobnia tezę, że rzeczywiście w tym samym czasie realizowane były u jednego odbiorcy usług dwa programy, w ramach których oba podmioty, każdy z osobna i niezależnie od siebie mogły wykonać usługi o zbliżonym zakresie. Wobec niewykazania przez Odwołującego w niezbity sposób, by Mott MacDonald Ltd nie wykonał usług opisanych w poz. 9 wykazu usług, uznano, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

6. Nie podzielono zarzutu dotyczącego podpisania wniosku Przystępującego przez osobę, dla której nie wykazano prawa do reprezentowania wszystkich konsorcjantów.

Odwołujący przedmiotowy zarzut opiera na treści pełnomocnictwa konsorcjalnego z 14 lutego 2011 r., a także na tezie, iż do reprezentacji członka konsorcjum - Mott MacDonald Ltd upoważnieni są dwaj członkowie rady dyrektorów lub członek rady dyrektorów łącznie z sekretarzem spółki, a zatem nie jest wiadomym, czy pełnomocnik – osoba wpisana w KRS oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w rubryce 4 *Osoby reprezentujące* zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale mógł podpisać pełnomocnictwo konsorcjalne w imieniu Mott MacDonald Ltd.

Uwzględniono w powyższym zakresie, że wykonawca Mott MacDonald Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii prowadzi w Polsce działalność gospodarczą w formie oddziału. Zgodnie z odpisem z KRS zamieszczonym we wniosku Przystępującego, Mott MacDonald Limited sp. z o.o. Oddział w Polsce, jako osoby upoważnione do reprezentowania tego podmiotu wskazano Panów Roberta D. i Mariana K.

Zgodnie z treścią art. 85 z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. Nr 155 poz 1095 z późn. zm.), przedsiębiorcy zagraniczni korzystają na zasadach wzajemności z pełnej swobody działalności gospodarczej m.in poprzez prowadzenie i tworzenie swoich oddziałów w Polsce. Natomiast w świetle art. 86 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorca zagraniczny tworząc oddział w Polsce i za jego pomocą wykonując działalność w kraju, może wykonywać jedynie działalność tożsamą z jego działalnością za granicą. W myśl art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Całość uregulowań 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wskazuje, iż ustawa nie przyznaje i nie statuuje jakiegokolwiek działalności własnej oddziału, we własnym imieniu, ale w świetle

przepisów przywołanej ustawy, cały czas mamy do czynienia z działalnością przedsiębiorcy zagranicznego wykonywaną za pomocą swojego oddziału. Dodatkowo należy podnieść, iż oddział nie ma żadnych własnych organów, ale wykonawca zagraniczny jedynie ustanawia i uwidacznia w KRS osobę uprawnioną do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale, co nie jest równoznaczne z reprezentowaniem jedynie oddziału. Oddział posiada więc, pewną samodzielność organizacyjną, natomiast nie prowadzi działalności we własnym imieniu i na własny rachunek. Jak wskazuje się „wszelkie działania dokonane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego oraz wobec tego oddziału odnoszą bezpośrednio skutek prawny w stosunku do przedsiębiorcy zagranicznego” (tak Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 16 stycznia 2008 r., I SA/Op 189/07, opubl. LEX nr 461867), pojęcie „oddziału, agencji lub każdego innego zakładu jest równoznaczne z istnieniem centrum operacyjnego, które manifestuje się w sposób trwały na zewnątrz jako przedłużenie przedsiębiorstwa macierzystego, ma dyrekcję i jest materialnie wyposażone tak, aby istniała możliwość negocjowania spraw z osobami trzecimi w taki sposób, aby ci ostatni, wiedząc, że zostanie nawiązany ewentualny stosunek prawny z przedsiębiorstwem macierzystym z siedzibą za granicą, byli zwolnieni z konieczności bezpośredniego zwrócenia się do niego i mogli prowadzić interesy z centrum operacyjnym, które stanowi jego przedłużenie” (orzeczenie ETS z dnia 18 marca 1981 r., C-139/80, Blankaert & Willems PVBA c/a Luise Trost, Zb. Orz. 1981 r., s. 819., za Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 380-381.).

Zatem każde działanie i każde oświadczenie woli oznaczone jako działanie oddziału przedsiębiorcy zagranicznego dokonane przez osoby prawidłowo umocowane do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale uznać należy za oświadczenie przedsiębiorcy wywierające wszystkie skutki prawne w odniesieniu do tego przedsiębiorcy (por. m.in. wyrok KIO z dnia z dnia 27 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 163/09, 164/09).

W świetle powyższego należało uznać, że Pan Robert D., będąc osobą wskazaną w KRS jako uprawniona do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale, posiadał uprawnienie do reprezentowania interesów tego przedsiębiorcy w ramach konsorcjum, w tym do udzielenia pełnomocnictwa innemu członkowi konsorcjum.

Podzielono w powyższym zakresie argumentację wyrażoną w odniesieniu do zasad działania i reprezentacji Mott MacDonald Limited Oddział w Polsce wyrażoną w wyroku z dnia 8 września 2010 r. w spr. KIO 1820/10.

7. Uznano za zasadny zarzut odwołania, wskazujący, że dokumenty przedstawione przez Przystępującego nie potwierdzają należytego wykonania usług, a jedynie fakt wykonania odpowiednich usług.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż dokument referencji nie musi wprost zawierać sformułowania „referencje”, ani też stwierdzenia, że określona usługa została wykonana należycie czy też innych sformułowań ocennych wskazujących na zadowalające, satysfakcjonujące wykonanie zadania. W dokumencie referencji nie chodzi zatem o dosłowne powielenie formuły użytej w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a oddanie celu, jakim jest wykazanie poprawnego i zadowalającego odbiorcą wykonania dostawy. Istotne jest bowiem, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania prac, rozumiana nie tylko jako fakt ich wykonania, ale chodzi o wykonanie zgodne z umową, w terminie, w sposób należyty. Tak więc każdorazowo oceniając treść przedłożonego dokumentu analizie należy poddać użyte w nim słownictwo. Analiza treści dokumentów dotyczących usług wykazanych w wykazie usług załączonych do wniosku, a także tego, który został złożony z własnej inicjatywy przez Przystępującego przy piśmie z dnia 15 lipca 2011 r. (potwierdzenie wykonania usługi na rzecz SGS UK Ltd przez Knowlege Management Services Ltd, Robert B.) wskazuje, że zasadnicza część dokumentów, które zostały złożone w celu realizacji obowiązku wykazania należytego wykonania usług nie pozwala uznać, by potwierdzały one więcej, aniżeli tylko ogólny fakt wykonania odpowiednich usług. Jedynie dwa dokumenty mogą spełniać cel potwierdzenia należytego wykonania usługi: dokument dotyczący usługi wykonanej na rzecz Ministerstwa Środowiska i Lasów Rumuni, dotyczący poz. 8 wykazu usług pozwala uznać, że wykonano ją należycie (*opisany poniżej projekt został zrealizowany przez firmę Mott MacDonald zgodnie z naszymi oczekiwaniami*) a także usługa na rzecz SGS UK Ltd dotycząca pozycji 8a uzupełnionego wykazu usług, gdzie wskazuje się, w części mówiącej o „Standardzie wykonanych usług”: *„Usługi były świadczone na wysokim poziomie wiedzy i profesjonalizmu. SGS UK i South East Water byli bardzo usatysfakcjonowani z wykonanych usług”*.

Pozostałe dokumenty stanowią w istocie zaświadczenia, wskazujące ogólnie na fakt wykonania w przeszłości pewnych zadań, nie pozwalają jednak w żaden sposób wywnioskować jakości wykonanych usług, w tym czy wykonano je należycie:

- dokumenty te nie są tytułowane „referencje” ani w inny podobny sposób, zaś w ich treści podaje się jedynie: *„Niniejszym zaświadcza się, że firma Mott MacDonald Ltd. wykonała następujące usługi doradcze podczas projektu jak opisano poniżej: (...)”*, dalej zawierają zadania, składających się nań czynności, lokalizację, budżet projektu, wartość usług inżynierskich, dane dotyczące wystawcy (dokument wystawiony przez Anglian Water, Projekty Specjalne); *„Niniejszym zaświadcza się że firma Mott MacDonald Ltd. wykonała usługi doradcze techniczne i konsultacyjne dla Northumbrian Water Ltd. w okresie 2005-2010. Wykonywane usługi dotyczyły analizy i modyfikacje NWLs systemu kanalizacyjnego i zwyczajowo dotyczyły wartości usługi 1,25 mln na rok podczas trwania usługi”* (dokument

wystawiony przez *Northumbrian Water Ltd*); „*Niniejszym zaświadcza się, że firma Mott MacDonald Ltd świadczyła usługi doradcze inżynierskie w połączeniu z Mott MacDonald Bentley (MMB), jednego z partnerów w sektorze projektowania i budowy, następujące usługi (...)*” (dokument wystawiony przez *Yorkshire Water Services Ltd*); „*Niniejszym zaświadcza się, że firma Mott MacDonald Ltd. wykonała następujące usługi doradcze podczas realizacji projektu jak opisano poniżej (...)*” (dokument wystawiony przez *Dwr Cymru Welsch Water*); „*Niniejszym zaświadcza się, że firma Mott MacDonald Ltd. wykonała następujące usługi doradcze podczas realizacji projektu jak opisano poniżej (...)*” (dokument wystawiony przez *Scottish Water*); „*Niniejszym zaświadcza się, że firma Mott MacDonald Ltd. wykonała następujące usługi doradcze podczas realizacji projektu jak opisano poniżej (...)*” (dokument wystawiony przez *Anglian Water AMP4 Framework, Special Projects Risk Management*); „*Niniejszym zaświadcza się, że firma Mott MacDonald Ltd. wykonała następujące usługi doradcze podczas realizacji projektu jak opisano poniżej (...)*” (dokument wystawiony przez *Scottish Water Risk and Opportunity Management Plan*); „*Niniejszym zaświadcza się, że firma Mott MacDonald Ltd. wykonała następujące usługi doradcze podczas realizacji projektu jak opisano poniżej (...)*” (dokument wystawiony przez *Scottish Water*).

Wbrew stanowisku Przystępującego nie jest wystarczające złożenie dokumentów o ogólnej treści, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Istotnie, dla potwierdzenia należytego wykonania usługi mogą być złożone inne dokumenty, inaczej tytułowane, o ile tylko spełnią one cel w postaci potwierdzenia należytego wykonania usługi. Jeśli w ich treści znajdują się takie zapisy, które pozwolą potwierdzić należyte wykonanie usługi lub dostawy, nie ma powodów do odbierania wartości takim dokumentom. Zakres informacyjny złożonych dokumentów winien jednak dawać możliwość oceny i uznania, że zadania w nich opisane rzeczywiście wykonano, ale także że to wykonanie było należyte, zgodne z umową. Wymienione wyżej dokumenty nie spełniają tego postulatu.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie mogą także zostać uznane za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług dokumenty o charakterze rachunkowym – zaświadczenia o wycenie, z których wynika jedynie wartość prac objętych odpowiednim kontraktem (zaświadczenie o wycenie z 9 listopada 2009 r. wystawione w imieniu *Scottish Water*) oraz faktura (faktura z 22 września 2010 r. wystawiona przez *Mott MacDonald Ltd.* na rzecz *Dwr Cymru Welsch Water*) – także one nie pozwalają wnioskować o należyтым wykonaniu ujętych w nich operacji gospodarczych.

Mając na uwadze powyższe, uznano – z powodów opisanych w pkt 2, 4 i 7 niniejszego uzasadnienia, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego *Mott MacDonald House Limited Surrey*, *Mott MacDonald Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie*, *BBF spółka z ograniczoną*

odpowiedzialnością w Poznaniu nie wykazali spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Dotyczy to warunku określonego w pkt III.2.3. b oraz III.2.3. d ogłoszenia a także dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie usług, w zakresie szczegółowo opisanym w pkt 7 uzasadnienia. Wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie stanowi tylko kwestii faktu – rzeczywiście, w pewnej przeszłości (tu: w ciągu 5 lat) wykonania odpowiedniej usługi, ale jest także kwestią prezentacji zamawiającemu tego faktu w taki sposób, że ten będzie mógł uznać za wykazane/udowodnione spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przepisy tutaj ciężar tego wykazania nakładają na wykonawcę – wszak to nie zamawiający jest zainteresowany uczestnictwem w postępowaniu, a wykonawca, jego to zatem zadaniem jest przekonać zamawiającego o spełnieniu postawionego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie jest zobligowany – w innym, aniżeli wyznaczony treścią art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zakresie – do jakichkolwiek działań mających na celu wydobycie od wykonawców informacji niezbędnych do ich uczestnictwa w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, iż to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Ustawodawca w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych określił sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający dla celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu określi rozporządzenie. W tym zakresie mają zatem zastosowanie przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 3) tego rozporządzenia, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający

żąda a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy może żądać następujących dokumentów: (...) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...), z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Brak wykazania przez wykonawcę w sposób jednoznaczny zakresu zrealizowanej usługi będzie pozwalał na przyjęcie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku podmiotowego. To na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego zaprezentowania zakresu wykazywanej usługi, w tym również podjęcie ewentualnej, własnej inicjatywy poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezbitcie wymagany w treści warunku zakres zrealizowanego świadczenia. Obowiązek ten wynika wprost z brzmienia art. 26 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak wykazania, że usługa obejmowała wymagany zakres świadczenia obciąża w zatem sposób negatywny wykonawcę, skutkując uznaniem, iż wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Potwierdzenie niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu skutkuje obowiązkiem Zamawiającego zastosowania regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest wezwania do uzupełnienia dokumentów, względnie uprzedniego wyjaśnienia złożonych dokumentów – w zakresie usługi wykazywanej na potwierdzenie warunku opisanego w pkt III. 2.3. d ogłoszenia. Zamawiający uznał spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, pomimo poważnych wątpliwości jawiących się w tym zakresie. Zarzuty odwołania w znacznej mierze te wątpliwości potwierdziły. Ocena Zamawiającego w przedmiocie uznania za spełnione warunków udziału w postępowaniu była przedwczesną, przy czym Zamawiający nie podjął, wymaganych w tych okolicznościach działań mających na celu wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, fakt złożenia przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 15 lipca 2011 r. poprawionego wykazu usług opatrzonego dokumentami na potwierdzenie należytego wykonania uzupełnionej usługi oraz zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, nie oznacza, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter obligatoryjny, jest adresowany do zamawiającego. Wykonawca, mocą własnych czynności nie może zdjąć z Zamawiającego obowiązku wezwania do uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że potwierdził się – podniesiony w odwołaniu – zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Uwzględniono wniosek Odwołującego o przyznanie wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, to jest w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....