

WYROK
z dnia 26 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - śuraw

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., FTI Polska Sp. z o.o., 30 – 703 Kraków, ul. Dekerta 18** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Rybnik, 44 – 200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WBP Zabrze Sp. z o.o., PxM - Projekt - Południe Sp. z o.o., 41- 800 Zabrze, ul. Pawliczka 25** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miasto Rybnik, 44 – 200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z**

1

o.o., FTI Polska Sp. z o.o., 30 – 703 Kraków, ul. Dekerta 18 tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty 15.144 zł 20 gr** (słownie: piętnaście tysięcy sto czterdzieści cztery złote dwadzieścia groszy) przez **Miasto Rybnik, 44 – 200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., FTI Polska Sp. z o.o., 30 – 703 Kraków, ul. Dekerta 18**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – **Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik**, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Opracowanie dokumentacji projektowej - Budowa Regionalnej Drogi Racibórz- Pszczyna” (dalej „Postępowanie”). Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach

wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S 69-112592.

W dniu 11 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) MP-Mosty Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, ul. Dekerta 18, 30-703 Kraków, 2) FTI Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa (dalej „Odwołujący”), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym Postępowaniu:

- 1) wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawców - konsorcjum 1) WBP Zabrze Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrzu, ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze oraz 2) PxM-Projekt-Południe Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków (dalej „Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe”, „Konsorcjum” lub „Przystępujący”), jako oferty najkorzystniejszej, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 1 lipca 2011 r. faksem, mimo, iż winni zostać wykluczeni z Postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp (por. pkt 2 i 3 odwołania poniżej), a złożona przez nich oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy Pzp (por. pkt 2 odwołania poniżej);
- 2) zaniechania czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany zgodnie z ustawą Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe i w konsekwencji zaniechania odrzucenia (względnie zaniechania uznania za odrzuconą) oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe, do których to czynności Zamawiający był zobowiązany w szczególności na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp (wobec złożenia przez wykonawców nieprawdziwej informacji

3

mającej wpływ na wynik Postępowania oraz niewykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w Postępowaniu) w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;

- 3) przedłużenia przez Zamawiającego terminu uzupełnienia dokumentów do dnia 28 czerwca 2011 r. w stosunku do Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe, o której to czynności Zamawiający nie poinformował innych wykonawców, przy czym wyżej wskazanym czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego w Postępowaniu Odwołujący zarzucał naruszenie:

I. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, mimo iż wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w Postępowaniu, bowiem w szczególności:

- a) oferta Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe została złożona przez pełnomocnika Marka P., który nie dysponował pełnomocnictwem udzielonym przez spółkę PxM-Projekt-Południe Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie;
- b) żadne kopie dokumentów mających wykazywać spełnienie przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe warunków udziału w postępowaniu nie zostały w wymagany sposób poświadczone za zgodność z oryginałem, a zostały jedynie opatrzone podpisem rzekomego pełnomocnika Marka P. bez opatrzenia tegoż podpisu jakimkolwiek dodatkowym sformułowaniem „za zgodność z oryginałem” lub podobnym (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r., sygn. KIO 869/11);
- c) przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenie z dnia 13 grudnia 2010 r. złożone przez Philipa Grahama D. przed notariuszem Davidem Noelem L. F. (nr aktu 803/2010) w imieniu spółki Ove Arup & Partners International Limited nie spełnia wymogów określonych w Rozdziale V („Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu”) punkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zgodnie z którym:
„Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i określonych w Rozdziale IV w pkt 3 polega na zasobach innych podmiotów

na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia Zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w Rozdziale V pkt 1 ppkt. 1), 2), 3), 4), 5) i 6), iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.",

4

jak również nie spełnia wymogów wynikających wprost z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), bowiem przedmiotowe oświadczenie w zakresie stwierdzenia, że spółka Ove Arup & Partners International Limited nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, zostało wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

- d) żadne z referencji przedłożonych przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited, także po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazują w swojej treści, że dotyczą usług wykonywanych przez spółkę Ove Arup & Partners International Limited, a wymieniają jedynie oznaczenie wykonawcy jako „Arup”, co nie pozwala na zidentyfikowanie rzeczywistego wykonawcy;
- e) żadne z referencji przedłożonych przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited, także po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazują w swojej treści jednoznacznie, że wykonawca wykonał swoje zobowiązanie należycie i terminowo;
- f) referencje przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe, po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited w zakresie zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” nie zawierają informacji potwierdzających spełnienie wymogu wartości prac w zakresie rzekomo wykonanych prac projektowych (wartość 129.000.000 PLN podana przez wykonawców w zmienionym Załączniku nr 4 nie została w żaden sposób wykazana i już *prima facie* budzi oczywiste wątpliwości);
- g) Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe nie przedłożyło, mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp referencji potwierdzających spełnienie wymogów określonych w Rozdziale IV („Warunki udziału w postępowaniu”) pkt 3 ppkt 1 SIWZ, a to tak wobec kwestii wskazanych w lit. d) - f) powyżej, jak również wobec faktu, że z referencji w zakresie wykonania usługi wykazanej przez wykonawców w Załączniku nr 4 do oferty pn „Opracowanie dokumentacji projektowej rozbudowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów - granica województwa świętokrzyskiego małopolskiego”, wystawionych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i

5

Autostrad, wynika, że zakres tej usługi nie odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, gdyż w zakresie prac projektowych zadeklarowana usługa obejmowała wykonanie jedynie koncepcji programowej, a nie opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej;

- h) przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited, w którym spółka Ove Arup & Partners International Limited „informuje, że będzie brała udział w realizacji zamówienia” w zakresie „studium wykonalności wraz z analizami ekonomicznymi i finansowymi” oraz „analizy i prognozy ruchu wraz z raportem” pozostaje w sprzeczności z treścią oferty złożonej przez Konsorcjum, tj. z treścią Załącznika nr 1 - Formularz Oferty pkt 4, ppkt 4, gdzie wskazano, iż podwykonawcy będą wykonywać część zamówienia jedynie w zakresie „geodezji”, „geologii” oraz „ochrony środowiska”, a zatem oświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited nie stanowi dowodu udziału tejże spółki w wykonaniu zamówienia objętego

Postępowaniem i nie stanowi skutecznej podstawy powołania się przez wykonawców na wiedzę i doświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp;

- i) przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenie złożone przez członka organu zarządzającego spółki Ove Arup & Partners International Limited Philipa Grahama D. nie spełnia wymogów określonych w Rozdziale V („Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu”) pkt 4 SIWZ, gdyż zgodnie z adnotacją tłumacza przysięgłego tłumaczenie tegoż dokumentu zostało wykonane w dniu 31 stycznia 2010 r., a zatem dokument ten musiał zostać zgodnie z tą adnotacją sporządzony wcześniej;
- j) przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenia o udostępnieniu wykonawcom wiedzy i doświadczenia złożone w imieniu spółki Ove Arup & Partners International Limited są podpisane jedynie jednoosobowo przez osobę reprezentującą przedsiębiorcę w Oddziale w Polsce, mimo iż wiedza i doświadczenie nie wiążą się w żaden sposób z działalnością Oddziału w Polsce;
- II. art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie przez Zamawiającego Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, mimo iż wykonawcy złożyli nieprawdziwą informację, mającą wpływ na wynik Postępowania w treści pisma z dnia 21 czerwca 2011 r., w którym to piśmie zwrócili się o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego do dnia 30 czerwca 2011 r. twierdząc, że *„wezwanie jest związane z naszym podwykonawcą tj. firmą Ove*

6

Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, co powoduje, że pełne merytoryczne wyjaśnienie wątpliwości wymaga pokonania pewnych trudności natury logistycznej”, podczas gdy zgodnie z pismem wykonawców z dnia 27 czerwca 2011 r. (złożonym w przedłużonym przez Zamawiającego na podstawie prośby wykonawców terminie) przedłożono nowe oświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited datowane na dzień 13 maja 2011 r. i wystawione w Warszawie oraz referencje i Załącznik nr 4 do oferty uwzględniające rzekome wykonanie usługi, którą wymieniono w tymże oświadczeniu z dnia 13 maja 2011 r. W konsekwencji jak należy uznać wykonawcy już w chwili kierowania prośby o przedłużenie terminu na przedłożenie wyjaśnień dysponowali, lub przy dołożeniu staranności winni byli dysponować, wszelkimi dokumentami niezbędnymi do wykonania wezwania skierowanego przez Zamawiającego, a zatem informacje podane przez wykonawców w piśmie z dnia 21 czerwca 2011 r. w zakresie uzasadnienia prośby o przedłużenie terminu należy uznać za informacje nieprawdziwe, przy czym ich złożenie miało wpływ na wynik prowadzonego Postępowania;

- III. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia (względnie zaniechanie uznania za odrzuconą) oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe, mimo iż jak wskazano w pkt I i II powyżej zaistniały przesłanki powodujące konieczności wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania;
- IV. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór przez Zamawiającego oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe jako oferty najkorzystniejszej, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 1 lipca 2011 r. faksem mimo, iż wykonawcy składający ofertę winni zostać wykluczeni z Postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, a złożona przez nich oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;
- V. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przedłużenie przez Zamawiającego terminu uzupełnienia dokumentów do dnia 28 czerwca 2011 r. w stosunku do Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z naruszeniem nakazu równego traktowania wykonawców w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- VI. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaakceptowanie zmiany dokumentów już raz uzupełnionych przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe za pismem

wykonawców z dnia 21 czerwca 2011 r. w zakresie oświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia zmienionego nowym oświadczeniem spółki Ove Arup & Partners International Limited przedłożonym za pismem wykonawców z dnia 27 czerwca 2011 r.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i:

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe;
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności przedłużenia przez Zamawiającego terminu uzupełnienia dokumentów do dnia 28 czerwca 2011 r. w stosunku do Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe;
- c) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z Postępowania Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe;
- d) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia, względnie uznania za odrzuconą, oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe;
- e) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem lit. b), c) i d) powyżej i nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej;
- f) zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wg norm przepisanych, tj. obciążenie kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa adwokackiego, w całości Zamawiającego i zasądzenie kosztów postępowania w całości od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż faksem z dnia 1 lipca 2011 r. (data doręczenia Odwołującemu) Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wynikach Postępowania, tj. w szczególności o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe. Zgodnie z informacją przesłaną przez Zamawiającego oferta Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe uzyskała w toku oceny 500 pkt, natomiast oferta Odwołującego uzyskała 412,9 pkt i stanowiła drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertę złożoną w Postępowaniu. Wobec powyższego Odwołujący niewątpliwie ma interes w uzyskaniu zamówienia w ramach Postępowania, jak również ponieść szkodę (w szczególności w postaci utraconych korzyści) w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym spełnione są przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 in fine ustawy Pzp. Odwołanie zostaje wniesione w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wartość zamówienia, którego dotyczy Postępowanie przekracza kwoty określone w przepisach

wydatych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Również przedmiotowa informacja z dnia 1 lipca 2011 r. stanowiła pierwszą informację o zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia z Postępowania Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe i w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia (względnie zaniechaniu uznania za odrzuconą) oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe. W zakresie czynności przedłużenia przez Zamawiającego terminu uzupełnienia dokumentów do dnia 28 czerwca 2011 r. w stosunku do Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe Zamawiający nie poinformował Odwołującego o tej czynności w żadnej formie. Odwołujący dowiedział się o tej czynności dopiero w toku badania akt Postępowania, po uzyskaniu opisanej powyżej informacji z dnia 1 lipca 2011 r. o czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazywał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z oczywistym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a to ze względu na fakt, że Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe podlegało wykluczeniu z Postępowania, gdyż nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp) oraz złożyło nieprawdziwą informację, mającą wpływ na wynik Postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp). Zamawiający w

takiej sytuacji winien był wykluczyć Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z udziału w Postępowaniu, natomiast jego oferta zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp winna zostać uznana za odrzuconą, względnie zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. W takiej sytuacji Zamawiający winien był dokonać wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu. Podkreślał, że zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp

Odnosząc się do podstaw wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, wskazywał, co następuje. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp 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 ustawy Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. ustawy Pzp. Jak podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2011 r., sygn. KIO 910/11: *„Z mocy art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca jest obowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż wykonawca obowiązany jest udowodnić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co wyklucza możliwość domniemywania tych okoliczności.”*

9

Szczegółowo uzasadniając opisane zarzuty, Odwołujący wskazywał, że:

Ad. I a)

Odwołujący podnosił, iż pełnomocnik Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe składający ofertę w Postępowaniu Pan Marek P., nie wykazał, że jest umocowany do reprezentowania spółki PxM-Projekt-Południe Sp. z o. o. Jak wynika z pełnomocnictwa z dnia 10 maja 2011 r. dołączonego do oferty Konsorcjum, spółka PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. udzieliła pełnomocnictwa spółce WBP Zabrze Sp. z o.o. do reprezentowania w Postępowaniu. Jednocześnie jednak spółka WBP Zabrze Sp. z o. o. w pełnomocnictwie z dnia 16 maja 2011 r. *(tak w odwołaniu – przypis autora)* załączonym do oferty umocowała Pana Marka P. w sposób jednoznaczny jedynie do reprezentowania spółki WBP Zabrze Sp. z o. o. w Postępowaniu, nie upoważniając go do reprezentowania spółki PxM-Projekt-Południe Sp. z o. o. Brak umocowania pełnomocnika jednoznacznie wskazuje na brak możliwości uznania złożonej przez niego oferty i innych dokumentów za wykazujące spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

Ad. I b)

Zgodnie wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r. sygn. akt KIO 869/11: *„Niezachowanie wymaganej formy poświadczenia kopii za zgodność z oryginałem, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”*

przy czym

„Poświadczenie odpisu dokumentu ”za zgodność”, stanowi oświadczenie wiedzy poświadczającego, tym samym przyjmuje on na siebie odpowiedzialność za kompletność dokumentu i dokładne odtworzenie treści oryginału. Zamawiający nie może domniemywać, że podpisy złożone na dokumentach mają na celu potwierdzenie zgodności tej kopii z oryginałem, bowiem formuła potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem posiada walor oświadczenia o określonej doniosłości prawnej i nie może być wywodzona w drodze domniemywania.”

a równocześnie

„Nie można przyjąć, że skoro pełnomocnik był umocowany do poświadczania dokumentów za zgodność, to złożenie przez niego podpisu nadawało tej czynności charakter potwierdzenia za zgodność z oryginałem.”

„Tryb przewidziany w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie mógłby zostać zastosowany, skoro zamawiający nie miał wątpliwości co do treści dokumentów, a jedynie - jak stwierdził zamawiający - wykonawca nie złożył dokumentów w przewidzianej formie,”

Odwołujący podnosił iż w przedmiotowym stanie faktycznym żadne kopie dokumentów

10

mających wykazywać spełnienie przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe warunków udziału w postępowaniu nie zostały w wymagany sposób poświadczone za zgodność z oryginałem, a zostały jedynie opatrzone podpisem rzekomego pełnomocnika Marka P., bez opatrzenia tegoż podpisu jakimkolwiek dodatkowym sformułowaniem „za zgodność z oryginałem” lub podobnym (por. cytowany wyrok). W szczególności nie zostały prawidłowo poświadczone za zgodność referencje mające wykazywać spełnienie warunków określonych w Rozdziale IV (Warunki udziału w postępowaniu) pkt 3 SIWZ przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe. Nie zostały również prawidłowo poświadczone za zgodność dokumenty wymienione w Rozdziale V (Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu) pkt 1 ppkt 2-6 SIWZ, a przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe. Jak wynika z cytowanego wyroku KIO sygn. akt KIO 869/11, w takim wypadku Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe winno zostać wykluczone z Postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp bez uprzedniego stosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Ad. I c)

Przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenie z dnia 13 grudnia 2010 r. złożone przez Philipa Grahama D. przed notariuszem Davidem Noelem L. F. (nr aktu 803/2010) w imieniu spółki Ove Arup & Partners International Limited nie spełnia wymogów określonych w Rozdziale V („Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu”) punkt 4 SIWZ, zgodnie z którym:

„Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i określonych w Rozdziale IV w pkt 3 polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia Zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w Rozdziale V pkt 1 ppkt. 1), 2), 3), 4), 5) i 6), iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.”

jak również nie spełnia wymogów wynikających wprost z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, bowiem przedmiotowe oświadczenie w zakresie stwierdzenia, że spółka Ove Arup & Partners International Limited nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, zostało wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Należy podkreślić, że zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów: *„Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów:*

11

1) pkt 2-4 i pkt 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,

b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;

2) pkt 5 - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.”

Równocześnie zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów:

„Dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 1 lit. a i c oraz pkt 2, powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Dokument, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.”

Natomiast zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów:

„Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je

dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio."

Odwołujący podkreślał, że przedłożone przez wykonawców dokumenty dotyczące Oddziału spółki Ove Arup & Partners International Limited w Polsce (zresztą jak już wskazano nieprawidłowo poświadczono za zgodność) również nie spełniają wymogów wynikających z § 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jako że dotyczą jedynie wycinka działalności Ove Arup & Partners International Limited, tj. działalności prowadzonej w Polsce i nie dotyczą tego podmiotu jako całości. Wykonawcy winni byli zatem przedstawić złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego oświadczenie w zakresie stwierdzenia, że spółka Ove Arup & Partners International Limited nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wymogu tego nie spełnia przedłożenie oświadczenia z dnia 13 grudnia 2010 r., gdyż termin złożenia oferty w Postępowaniu został ostatecznie

12

wyznaczony na dzień 23 maja 2011 r.

Ad. 1 d)

Śadne z referencji przedłożonych przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited, także po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazują w swojej treści, że dotyczą usług wykonywanych przez spółkę Ove Arup & Partners International Limited, a wymieniają jedynie oznaczenie wykonawcy jako „Arup”, co nie pozwala na zidentyfikowanie rzeczywistego wykonawcy. W szczególności referencje mające wykazywać rzekome doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited w zakresie zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” również używają jedynie określenia „Arup”. Zdaniem Odwołującego, użycie określenia „Arup” może odnosić się do jakiegokolwiek spółki pod taką lub podobną nazwą działającej na świecie, w tym ewentualnie różnych spółek córek spółki Ove Arup & Partners International Limited i nie pozwala na jakiegokolwiek bliższe zidentyfikowanie rzeczywistego wykonawcy. W takim wypadku uznać należy, że wbrew dyspozycji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe nie wykazało, że podmiot na którego wiedzy i doświadczenie się powołują (tj. Ove Arup & Partners International Limited) na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dysponuje jakąkolwiek wiedzą i doświadczeniem, a zatem nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Ad. 1 e)

Śadne z referencji przedłożonych przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited, także po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazują w swojej treści jednoznacznie, że wykonawca wykonał swoje zobowiązanie należyście i terminowo. W szczególności referencje mające wykazywać rzekome doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited w zakresie zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” wskazują jedynie, na wykonanie przez bliżej nieokreślony „Arup” projektu „dobrej jakości” w „przewidywanym czasie” co nie jest równoznacznie z wykonaniem zadania w sposób należyty tj. w pełni zgodny z zawartą umową. W takim wypadku uznać należy, że wbrew dyspozycji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe nie wykazało, że podmiot na którego wiedzy i doświadczenie się powołuje (tj. Ove Arup & Partners International Limited) na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dysponuje stosowną wiedzą i doświadczeniem, a zatem nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

13

Ad. 1 f)

Referencje przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe, po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited w

zakresie zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” nie zawierają informacji potwierdzających spełnienie wymogu wartości prac w zakresie rzekomo wykonanych prac projektowych (wartość 129.000. 000 PLN podana przez wykonawców w zmienionym Załączniku nr 4 nie została w żaden sposób wykazana i już prima facie budzi oczywiste wątpliwości). W szczególności referencje mające wykazywać rzekome doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited w zakresie zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” nie wskazują wartości wykonanych prac. W takim wypadku, zdaniem Odwołującego, uznać należy, że wbrew dyspozycji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe nie wykazało, że podmiot na którego wiedzę i doświadczenie się powołują (tj. Ove Arup & Partners International Limited) na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dysponuje wiedzą i doświadczeniem wymaganymi przez Zamawiającego, a zatem nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Ad. 1 g)

Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe nie przedłożyło, mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, referencji potwierdzających spełnienie wymogów określonych w Rozdziale IV („Warunki udziału w postępowaniu”) pkt 3 ppkt 1 SIWZ, a to w szczególności wobec faktu, że z referencji w zakresie wykonania przez spółkę WBP Zabrze Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrzu usługi wykazanej przez wykonawców w Załączniku nr 4 do oferty pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej rozbudowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów - granica województwa świętokrzyskiego małopolskiego”, wystawionych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, wynika, że zakres tej usługi nie odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, gdyż w zakresie prac projektowych zadeklarowana usługa obejmowała wykonanie jedynie koncepcji programowej, a nie opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej. Odwołujący podnosił, iż wymaga wskazania, że sam Zamawiający w treści wezwania z dnia 15 czerwca 2011 r. kierowanego do Lidera Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe spółki WBP Zabrze Sp. z o. o. na str. 2 wskazał, że wykonanie Koncepcji Programowej nie stanowi wykonania usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, którego dotyczy Postępowanie. W szczególności zgodnie z Rozdziałem II (Przedmiot Zamówienia) pkt 1 ppkt 11 i 12 SIWZ przedmiot zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, obejmuje wykonanie kompletnego projektu budowlanego i wykonawczego. Jednocześnie zgodnie z Rozdziałem II pkt 7 SIWZ: „Projekt *budowlany* powinien być zgodny z Rozporządzeniem

14

Ministra Infrastruktury z 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego”. Zdaniem Odwołującego niewątpliwie rozsądna wykładnia SIWZ wskazuje, że usługa odpowiadająca swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, którego dotyczy Postępowanie musi obejmować wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej tj. tak projektu budowlanego, jak i wykonawczego. Z ogólnych przepisów prawa wynika, że projekty takie muszą być zgodne z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. Jak wynika nawet z samych wyjaśnień wykonawców wykonanie koncepcji programowej nie jest równoznaczne z wykonaniem kompletnej dokumentacji projektowej, tj. tak projektu budowlanego, jak i wykonawczego, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, a zatem nie odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, którego dotyczy Postępowanie. W tej sytuacji niezrozumiałe, zdaniem Odwołującego, jest dlaczego Zamawiający, bez jakiegokolwiek uzasadnienia, ostatecznie uznał, iż referencje przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe w odniesieniu do wykonania koncepcji programowej (opisane przez wykonawców jako „Opracowanie dokumentacji projektowej rozbudowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów - granica województwa świętokrzyskiego małopolskiego”) potwierdzają wykonanie usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, którego dotyczy Postępowanie. Należy uznać, że zgodnie z Rozdziałem IV („Warunki udziału w postępowaniu”) pkt 3 ppkt 1 SIWZ w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu i to mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad. 1 h)

Przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenie

spółki Ove Arup & Partners International Limited, w którym spółka Ove Arup & Partners International Limited, w którym spółka „informuje, że będzie brała udział w realizacji zamówienia” w zakresie „studium wykonalności wraz z analizami ekonomicznymi i finansowymi” oraz „analizy i prognozy ruchu wraz z raportem” pozostaje w sprzeczności z treścią oferty złożonej przez Konsorcjum, tj. z treścią Załącznika nr 1 - Formularz Oferty pkt 4, ppkt 4, gdzie wskazano, iż podwykonawcy będą wykonywać część zamówienia jedynie w zakresie „geodezji”, „geologii” oraz „ochrony środowiska”, a zatem oświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited nie stanowi dowodu udziału tejże spółki w wykonaniu zamówienia objętego postępowaniem i nie stanowi skutecznej podstawy powołania się przez wykonawców na wiedzę i doświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Należy uznać, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4)

15

ustawy Pzp Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu i to mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad. 1 i)

Przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenie złożone przez członka organu zarządzającego spółki Ove Arup & Partners International Limited Philipa Grahama D. nie spełnia wymogów określonych w Rozdziale V („Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu”) pkt 4 SIWZ, gdyż zgodnie z urzędową adnotacją tłumacza przysięgłego tłumaczenie tegoż dokumentu zostało wykonane w dniu 31 stycznia 2010 r., a zatem dokument ten musiał zostać zgodnie z tą adnotacją sporządzony wcześniej. Podsumowując zatem, Konsorcjum winno było przedstawić złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego oświadczenie w zakresie niekaralności członka organu zarządzającego spółki Ove Arup & Partners International Limited Philipa Grahama D., wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wymogu tego nie spełnia przedłożenie oświadczenia sprzed dnia 31 stycznia 2010 r., gdyż termin złożenia oferty w Postępowaniu został ostatecznie wyznaczony na dzień 23 maja 2011 r.

Ad. 1 j)

Przedłożone Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenia o udostępnieniu wykonawcom wiedzy i doświadczenia złożone w imieniu spółki Ove Arup & Partners International Limited są podpisane jedynie jednoosobowo przez osobę reprezentującą przedsiębiorcę w Oddziale w Polsce, mimo iż wiedza i doświadczenie nie wiążą się w żaden sposób z działalnością Oddziału w Polsce. Należy uznać, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu i to mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad. II)

Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe złożyło nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik Postępowania w treści pisma z dnia 21 czerwca 2011 r., w którym to piśmie zwróciło się o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego do dnia 30 czerwca 2011 r., twierdząc, że „wezwanie jest związane z naszym podwykonawcą tj. firmą Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, co powoduje, że pełne merytoryczne wyjaśnienie wątpliwości wymaga

16

pokonania pewnych trudności natury logistycznej”, podczas gdy zgodnie z pismem Konsorcjum z dnia 27 czerwca 2011 r. (złożonym w przedłużonym przez Zamawiającego na podstawie prośby wykonawców terminie) przedłożono nowe oświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited datowane na dzień 13 maja 2011 r. i wystawione w Warszawie oraz referencje i Załącznik nr 4 do oferty uwzględniające rzekome wykonanie usługi, którą wymieniono w tymże oświadczeniu z dnia 13 maja 2011 r. W konsekwencji, jak należy uznać, Konsorcjum już w chwili kierowania prośby o przedłużenie terminu na przedłożenie wyjaśnień dysponowało, lub przy dołożeniu staranności winno było dysponować, wszelkimi

dokumentami niezbędnymi do wykonania wezwania skierowanego przez Zamawiającego, a zatem informacje podane przez wykonawców w piśmie z dnia 21 czerwca 2011 r. w zakresie uzasadnienia prośby o przedłużenie terminu należy uznać za informacje nieprawdziwe, przy czym ich złożenie miało wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, gdyż doprowadziło do przedłużenia przez Zamawiającego terminu uzupełnienia dokumentów do dnia 28 czerwca 2011 r. Zdaniem Odwołującego, należy uznać, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania wobec złożenia przez wykonawców nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania.

Ad. III)

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający winien był uznać za odrzuconą względnie odrzucić ofertę złożoną w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe, gdyż, jak wskazano powyżej, zaistniały przesłanki powodujące konieczność wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Ad. IV)

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe jako oferty najkorzystniejszej, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 1 lipca 2011 r. faksem mimo, iż wykonawcy składający ofertę winni zostać wykluczeni z Postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, a złożona przez nich oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

17

Ad. V)

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Niewątpliwie nakaz równego traktowania dotyczy także stosowania art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2011 r. wezwał Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe do złożenia wyjaśnień i ewentualnego przedłożenia dodatkowych dokumentów w terminie do dnia 22 czerwca 2011 r. Następnie w oparciu o lakoniczne pismo wykonawców z dnia 21 czerwca 2011 r., w którym to piśmie wykonawcy powołali się ogólnikowo na „*pewne trudności natury logistycznej*” Zamawiający pismem z dnia 21 czerwca 2011 r. przedłużył termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 28 czerwca 2011 r. Takie działanie Zamawiającego, o którym Zamawiający nie poinformował innych wykonawców i nie przedłużył im w identyczny sposób terminu do uzupełnienia dokumentów, stanowi naruszenie nakazu zapewniania zachowanie uczciwej konkurencji oraz nakazu równego traktowania wykonawców, a zatem jako czynność Zamawiającego sprzeczna z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powinna ona ulegać unieważnieniu. W konsekwencji wszelkie dokumenty i wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe po upływie pierwotnego terminu wyznaczonego na dzień 22 czerwca 2011 r. winny zostać pominięte. Wobec powyższego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu i to mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Ad. VI)

Odwołujący zauważał, iż w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego w dniu 15 czerwca 2011 r. Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe za pismem wykonawców z dnia 21 czerwca 2011 r. przedłożyło oświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia w zakresie rzekomo wykonanego zadania „Roads Service DBFO Package 1 -WESTLINK” datowane na dzień 13 maja 2011 r., następnie jednakże przedmiotowe oświadczenie zostało niejako zastąpione nowym oświadczeniem spółki Ove Arup & Partners International Limited o

udostępnieniu wiedzy i doświadczenia w zakresie rzekomo wykonanego zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” przedłożonym za pismem wykonawców z dnia 27 czerwca 2011 r. Należy uznać, że zastępowanie raz uzupełnionych dokumentów innymi dokumentami jest w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp niedopuszczalne - raz uzupełnione przez wykonawcę dokumenty nie mogą zostać również w żaden sposób wycofane i powinny stanowić wyłączną podstawę oceny prawidłowości wykonania wezwania skierowanego przez Zamawiającego.

18

Przyjęcie, że Zamawiający ma niejako wybierać sobie spośród przedłożonych dokumentów te akurat w danej chwili „wiążące” prowadzi do sytuacji niepewności z punktu widzenia Zamawiającego. Wobec powyższego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć Konsorcjum z Postępowania wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i to mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, iż wobec powyższego odwołanie jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Kopia odwołania została przekazana 11 lipca 2011 r.

W dniu 12 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w Postępowaniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 15 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Przystępujący stwierdzał, co następuje:

1) zarzut braku upoważnienia do występowania w imieniu PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o.

Przystępujący przyznawał, że czytając literalnie treść pełnomocnictwa dla Pana Marka P., można byłoby dojść do wniosku, że jest on upoważniony jedynie do reprezentowania WBP Zabrze Sp. z o.o. Jednak należy uwzględnić zasady wykładni oświadczeń woli zawarte w art. 65 Kodeksu cywilnego, które przy interpretacji oświadczeń woli odwołują się do okoliczności, w których dane oświadczenie zostało złożone, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Mając zatem na uwadze wspólne ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, potwierdzone zawarciem umowy konsorcjum, udzieleniem pełnomocnictwa przez PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. na rzecz WBP Zabrze Sp. z o.o. oraz złożeniem wspólnej oferty, wskazanym byłoby rozumienie treści pełnomocnictwa jako upoważniającego do reprezentowania wszystkich podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe.

2) zarzut niepoświadczenia za zgodność z oryginałem kopii niektórych dokumentów

Przystępujący podnosił, że w rozporządzeniu w sprawie dokumentów nie sprecyzowano, co konkretnie należy zamieścić na dokumencie, aby uczynić zadość wymogowi poświadczenia go za zgodność z oryginałem. Tym samym nic nie stoi na przeszkodzie, aby sam podpis osoby uprawnionej do reprezentowania wykonawcy złożony na kopii dokumentu potraktować jako poświadczenie tej kopii za zgodność z oryginałem. Za

19

takim stanowiskiem przemawia praktyka stosowana w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto podkreślał, że fragmenty wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 869/11) zostały przytoczone przez Odwołującego z pominięciem istotnych okoliczności stanu faktycznego, co wyłącza ich zastosowanie do niniejszej sytuacji. Dotyczy to w szczególności kategorycznego stwierdzenia, że niezachowanie wymaganej formy poświadczenia kopii za zgodność z oryginałem w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od powyższego, najistotniejsze jest jednak, iż na pieczęci zawierającej firmę i adres WBP Zabrze Sp. z o.o. widnieje w ostatniej linijce sformułowanie: „POTWIERDZAM ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM”, zatem zarzut Odwołującego zupełnie mija się z prawdą.

3) zarzut przedłożenia dokumentu wystawionego wcześniej niż termin podany w przepisach

Przystępujący przyznawał, iż bez wątpienia oświadczenie złożone dnia 13 grudnia 2010 r. przez Philipa Grahama D. (akt nr 803/2010) nie spełnia wymogu dotyczącego daty jego złożenia wskazanego w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Jednak Przystępujący zwracał uwagę na załączony do oferty Certyfikat Zgodności z Wymogami Regulacji KE Dotyczącymi Płatności Podatku i Ubezpieczenia Społecznego wydany dnia 12 kwietnia 2011 r. przez Urząd Podatków i Cel jej Królewskiej Mości, który stanowi prawidłowy pod względem daty dokument potwierdzający, że wskazany w nim podmiot nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

4) zarzut braku możliwości zidentyfikowania podmiotu określonego w referencjach jako

„Arup”

Przystępujący podnosił, iż mając na względzie całość dokumentacji złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum, jego zdaniem, nie budzi wątpliwości, że podmiot określony w referencjach jako „Arup” jest Ove Arup & Partners International Limited. Takie twierdzenie znajduje uzasadnienie w wykazie wykonanych usług oraz w zobowiązaniu tego podmiotu do oddania do dyspozycji Konsorcjum WBP Zabrze.-PxM-Projekt-Południe zasobu w postaci swojego doświadczenia, z których to dokumentów wprost wynika, że dana usługa została wykonana przez Ove Arup & Partners International Limited. Prezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 90/07) stwierdziła, że „brak jest podstaw do podważenia referencji z tego powodu, że w ich treści podano nazwę wykonawcy F. czy PHU F., gdy w istocie nazwa wykonawcy brzmi PHU „F.” Sp. z o.o., jeżeli z innych danych wynikających z referencji czy wykazu wykonanych dostaw, w sposób niewątpliwy wynika, że kwestionowany dokument dotyczy wskazanego wykonawcy.” Natomiast w razie powzięcia

20

podobnych wątpliwości przez Zamawiającego, winien on zastosować przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamiast - jak żąda tego Odwołujący - wykluczenia z Postępowania.

5) zarzut niezawarcia w treści referencji sformułowania, że wykonawca wykonał zobowiązania należycie i terminowo

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów wraz z ofertą należy przedłożyć dokumenty potwierdzające jedynie, że usługi zostały wykonane należycie. Takie samo stwierdzenie zawarto w pkt V.2.2 SIWZ. W judykaturze jako powszechny przyjmowany jest pogląd, iż dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie. Istotne jest bowiem, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac. Tak więc, każdorazowo, oceniając treść przedłożonego dokumentu, analizie należy poddać użyte w nim słownictwo (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 1013/11). Bez wątpienia z treści referencji złożonych przez Konsorcjum taka prawidłowość wykonania usługi wynika.

6) zarzut braku w referencjach informacji o wartości wykonanych prac

Przystępujący podkreślał, iż w tej kwestii również można zauważyć brak znajomości przez Odwołującego nie tylko poglądów judykatury, lecz również przepisów prawa. W rozporządzeniu w sprawie dokumentów nie zawarto bowiem żadnych wymagań odnośnie treści referencji poza udokumentowaniem, że usługi zostały wykonane należycie. Takie stanowisko zostało zaprezentowane chociażby w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 237/11), w którym stwierdzono, iż „z treści referencji nie można wywodzić w sposób nie budzący wątpliwości zakresu robót oraz ich wartości. Referencje bowiem mają charakter abstrakcyjny, nie są przygotowywane na potrzeby konkretnego postępowania i ich celem jest jedynie ustalenie, iż konkretne zobowiązanie (usługi, dostawy lub roboty budowlane) zostały wykonane należycie.” Oznacza to, że nie istnieją podstawy do zakwestionowania wartości usługi podanej przez Konsorcjum w wykazie wykonanych usług.

7) zarzut niespełnienia warunku posiadania doświadczenia w odniesieniu do wskazanej usługi opracowania koncepcji programowej

Zdaniem Przystępującego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, warunek udziału w postępowaniu i sposób oceny jego spełniania należy interpretować jedynie w oparciu o jego treść. Zawarty w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp nakaz, aby opis sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jest kierowany do Zamawiającego. Natomiast wykonawca, sporządzając ofertę, opiera się na sformułowaniu sposobu oceny spełniania tego warunku

zawartym w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt: KIO 807/10). Mając to na względzie oraz wobec faktu, że Zamawiający nie sprecyzował, że określenie „dokumentacja projektowa” należy rozumieć zgodnie z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, wykazanie usługi polegającej na opracowaniu koncepcji programowej potwierdza spełnienie przez Przystępującego warunku dotyczącego posiadania doświadczenia. Koncepcja programowa nie tylko stanowi rodzaj dokumentacji projektowej, lecz również mieści się w kodzie CPV podanym przez Zamawiającego dla przedmiotu obejmującego opracowanie dokumentacji projektowej.

8) zarzut dotyczący braku skuteczności powołania się na wiedzę i doświadczenie Ove Arup & Partners International Limited

W myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp podstawowym sposobem udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, jest pisemne zobowiązanie danego podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Takie oświadczenie Ove Arup & Partners International Limited zostało złożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe, a ewentualna niezgodność pomiędzy zakresem prac, których wykonanie zadeklarował podmiot trzeci w treści swojego zobowiązania a zakresem prac, które Konsorcjum zamierza powierzyć podwykonawcom zgodnie z ofertą, nie podważa faktu, że Konsorcjum uczyniło zadość wymaganiu udowodnienia okoliczności wskazanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jak stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1117/09), *„samo niewypełnienie nawet prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 Pzp żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie w przypadku gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89, na podstawie których wykonawca może jedynie pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia.”*

Odwołujący pomija okoliczności, iż Ove Arup & Partners International Limited zadeklarował udział w realizacji części zamówienia w zakresie określonym w umowie z Konsorcjum WBP Zabrze.-PxM-Projekt-Południe, a studium wykonalności, analizy i prognozy ruchu wraz z raportem zostały wymienione tylko przykładowo.

9) zarzut nieprawidłowej daty złożenia oświadczenia przez Philipa Grahama D.

Zarzut ten Odwołujący oparł nie na treści samego oświadczenia o niekaralności, lecz

jedynie na dacie sporządzenia tłumaczenia, która w sposób oczywisty stanowi omyłkę pisarską, często popełnianą w pierwszych miesiącach nowego roku. Mianowicie, oświadczenie to zostało przetłumaczone dnia 31 stycznia 2011 r., o czym świadczą: nr repertorium (11/2011) oraz numer protokołu (29/2011) wskazany w treści oświadczenia.

10) zarzut złożenia oświadczenia o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia Ove Arup & Partners International Limited przez osobę reprezentującą oddział spółki w Polsce

W tej kwestii, zdaniem Przystępującego, wystarczające jest wskazanie art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, który to przepis nakłada na przedsiębiorcę zagranicznego tworzącego oddział obowiązek ustanowienia osoby upoważnionej w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Taką osobą zgodnie z danymi widniejącymi w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego jest pan Jan Z. Ponadto na potwierdzenie, że pan Jan Z. jest uprawniony do reprezentowania Ove Arup & Partners International Limited przy czynnościach dokonanych w przedmiotowym postępowaniu, Przystępujący przedłożył w załączeniu do przystąpienia pełnomocnictwo z dnia 17 sierpnia 2010 r. potwierdzające zakres umocowania.

11) zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania

Powyższy zarzut Przystępujący także oceniał jako zupełnie bezpodstawny. Przystępujący zwracał uwagę, że Odwołujący — wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi —

nie udowodnił tego twierdzenia. Za dowód nie można bowiem uznać daty widniejącej na oświadczeniu Ove Arup & Partners International Limited (13 maja 2011 r.). Po otrzymaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Przystępujący działał bowiem dwutorowo: starał się wyjaśnić wątpliwości wskazane w wezwaniu Zamawiającego oraz wykazać posiadanie wymaganego doświadczenia z powołaniem się na inną usługę tego podmiotu, która również została oddana mu do dyspozycji. Napotykając jednak trudności w wyjaśnieniu wątpliwości, poprzestał ostatecznie na przedłożeniu dokumentów dotyczących usługi niewykazanej dotychczas w Postępowaniu. Ponadto, jak wskazywał Przystępujący, Odwołujący zdaje się zapominać o drugiej przesłance przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, tj. wpływie złożenia — jego zdaniem — nieprawdziwego oświadczenia na wynik postępowania. Otóż, takiego wpływu nie sposób stwierdzić, ponieważ Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe dysponowało już uprzednio doświadczeniem Ove Arup & Partners International Limited polegającym na wykonaniu usługi dla tematu: A30 Autoroute PPP Scheme, co potwierdza data złożenia oświadczenia podmiotu trzeciego, zatem również w pierwotnie wskazanym terminie (22 czerwca 2011 r.) był w stanie potwierdzić spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu. Nie stało to jednak na przeszkodzie, aby podjąć działania zmierzające do pełnego uczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego i złożenia również stosownych wyjaśnień.

23

12) zarzut naruszenia art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Wobec powyższych okoliczności zarzut ten należy ocenić jako bezpodstawny.

13) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów

Zarzut ten zasługiwałby na uwzględnienie jedynie wówczas, gdyby Zamawiający w podobnej sytuacji nie przedłużył terminu na uzupełnienie dokumentów innemu wykonawcy, który o to wystąpił. Jednak w niniejszym postępowaniu żaden inny wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego z takim wnioskiem.

14) zarzut zaakceptowania zmiany dokumentów już raz uzupełnionych

Przystępujący wskazywał, iż, formułując taki zarzut, Odwołujący zapomina, że ponowne złożenie oświadczenia Ove Arup & Partners International Limited nastąpiło w odpowiedzi na to samo wezwanie Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2011 r. i w terminie określonym przez Zamawiającego. Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika bowiem zakaz składania nowych dokumentów na tę samą okoliczność, jeżeli nie wiąże się to z ponownym wezwaniem ze strony Zamawiającego. Dokumenty złożone w odpowiedzi na to samo wezwanie uzupełniają się, a nie wykluczają.

Ponadto Przystępujący wskazywał, iż, formułując większość powyżej wymienionych zarzutów, Odwołujący pomija zupełnie obowiązek Zamawiającego zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które to działanie - zakładając tylko teoretycznie słuszność zarzutów - spowodowałoby, że wykluczenie Konsorcjum WBP Zabrze -PxM-Projekt-Południe byłoby nieuzasadnione.

Biorąc pod uwagę przedstawioną argumentację, zdaniem Przystępującego, zarzuty odwołania są całkowicie bezpodstawne, zatem odwołanie powinno zostać w całości oddalone.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 22 lipca 2011 r. Zamawiający faksem wniósł odpowiedź na odwołanie (oryginał przedstawiony na posiedzeniu przed Izbą), w której wskazywał, iż po zapoznaniu się z zarzutami zgłaszanymi przez Odwołującego uznał, że nie ma podstaw do ich uwzględnienia. Odnosząc się do zarzutów podnoszonych przez poszczególnych Odwołującego w zakresie podstaw do wykluczenia stwierdzono:

Ad. I

a) zarzut złożenia oferty przez Pana Marka P., który nie dysponował pełnomocnictwem

24

udzielonym przez spółkę PxM-Projekt - Południe Sp. z o.o.

Do oferty załączone zostało pełnomocnictwo udzielone przez PxM-Projekt -Południe Sp. z o.o. na rzecz WBP Zabrze Sp. z o.o., które w swej treści stanowiło również upoważnienie do ustanowienia dalszego pełnomocnika. Zdaniem Zamawiającego WBP

Zabrze Sp. z o.o., udzielając pełnomocnictwa Markowi P., działało w imieniu własnym i PxM - Projekt - Południe Sp. z o.o., w oparciu o wyżej wymienione pełnomocnictwo. Powyższe stanowisko uzasadnia również układ dokumentów w ofercie, pełnomocnictwa zamieszczono jedno po drugim tak, że Zamawiający traktował je jako jedną całość.

b) zarzut złożenia kopii dokumentów opatrzonych jedynie podpisem bez sformułowania „za zgodność z oryginałem” lub podobnym

Zamawiający wskazywał, iż nie rozumie postawionego zarzutu, w szczególności do czego odnosi się użyte w uzasadnieniu odwołania sformułowanie „żadne kopie dokumentów”. Dokumenty dołączone do oferty były potwierdzane za zgodność z oryginałem przez dwie osoby:

- dokumenty dotyczące Konsorcjum WBP Zabrze - PxM - Projekt - Południe były potwierdzane za zgodności przez Marka P. i zostały oprócz jego pieczętki imiennej opatrzone pieczętką firmy WBP Zabrze Sp. z o.o. zawierającą sformułowanie „za zgodność z oryginałem”;

- dokumenty dotyczące firmy Ove Arup & Partners International Limited były potwierdzane przez Jana Z. (oryg. *błędnie Zabierzowski –przypis autora*), którego podpis opatrzony był pieczętką zawierającą sformułowanie „ za zgodność z oryginałem” i dodatkowo podpisane były przez Marka P.

c) zarzut przedłożenia oświadczenia firmy na zasobach którego wykonawca wykazał spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia w formie niezgodnej z wymaganiami SIWZ i rozporządzenia w sprawie dokumentów

Zarzut dotyczy złożenia przed notariuszem oświadczenia przez członka zarządu Ove Arup & Partners International Limited dotyczącego niezalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w terminie wcześniejszym niż 3 miesiące przed dniem składania ofert. Zamawiający, analizując dokumenty odnośnie Ove Arup & Partners International Limited, oparł się na Certyfikacie Zgodności z Wymogami Regulacji Komisji Europejskiej Dotyczących Płatności Podatku i Ubezpieczenia Społecznego wystawionym przez Urząd Podatków i Cel Jej Królewski Mości załączonym do oferty wraz z tłumaczeniem. Został on wystawiony 12 kwietnia 2011r. (oryg. *błędnie 11 kwietnia przypis autora*), a więc w terminie opisanym w rozporządzeniu w sprawie dokumentów.

d) zarzut złożenia referencji dotyczących doświadczenia firmy Ove Arup & Partners International Limited wymienianych w swojej treści wykonawcę jako „Arup”, co nie

25

pozwała na zidentyfikowanie rzeczywistego wykonawcy

Zamawiający wskazywał, iż w toku badania oferty nie miał wątpliwości, że przedstawiona referencja dotyczy zadania wykazanego w wykazie usług. Poprzez podanie nazwy zadania referencja jest w pełni identyfikowalna z zadaniem wskazanym w oświadczeniu wykonawcy dotyczącym wykonanych usług. Fakt wpisania przez wystawiającego referencje skróconej nazwy firmy „Arup” mógł w przypadku wątpliwości Zamawiającego stanowić podstawę do wystąpienia do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Jednak w sytuacji, gdy w ofercie znajduje się oświadczenie wykonawcy, z którego wynika, że wykazaną usługę realizowała firma Ove Arup & Partners International Limited, Zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości co do podmiotu, którego referencje dotyczą i wystąpienie takie było niepotrzebne.

e) zarzut złożenia referencji dotyczących doświadczenia firmy Ove Arup & Partners International Limited nie wykazujących w swojej treści jednoznacznie, że wykonawca wykonał swoje zobowiązania należyście i terminowo

Przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że zamawiający może żądać (...) dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Przedłożone referencje zawierają w swojej treści sformułowanie: „nasze doświadczenie z współpracy z Arup, są takie iż przygotowali projekt dobrej jakości w przewidywanym czasie, i nie wahałbym się zarekomendować ich jako projektanta przy podobnych projektach”. Powyższe sformułowanie Zamawiający uznał za wystarczające, aby uznać, że wykonawca posiada wymagane doświadczenie. Zdaniem Zamawiającego jego stanowisko znajduje potwierdzenie w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej wskazującej, że 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. Co więcej, prezentowany jest również pogląd, że referencje nie muszą zawierać wprost sformułowania, iż dostawy zostały wykonane należycie, jeżeli w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazują, iż wykonawca posiada wymagane w SIWZ doświadczenie (patrz: orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej sygn.: KIO/UZP 1432/09, sygn. akt: KIO/UZP 338/09).

- f) zarzut złożenia referencji dotyczących doświadczenia firmy Ove Arup&Partners International Limited w zakresie zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” nie zawierających informacji na temat wartości wykonanych prac
Zdaniem Zamawiającego wykonawca nie ma obowiązku w przedstawianych

26

referencjach podawać wartości robót. Wymogu tego nie zawiera przywołany odnośnie zarzutu e) przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający nie ma możliwości narzucania oferentom treści referencji, jak też brak przepisów, które szczegółowo ich treść by regulowały. Tym samym Zamawiający, dokonując ich oceny, jest obowiązany jedynie do ustalenia, czy odpowiadają one treści ww. przepisu, gdzie odnośnie tych złożonych przez Ove Arup & Partners International Limited takich wątpliwości nie miał. Przywoływał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że dokumenty (np. referencje) potwierdzające należyte wykonanie robót mogą być wymagane wyłącznie na potwierdzenie faktu, iż dane roboty zostały wykonane należycie. Śaden przepis ustawy Pzp lub rozporządzeń wykonawczych do ustawy Pzp nie upoważnia Zamawiającego do żądania referencji na potwierdzenie wartości wykonanych robót, w tym również uszczegółowienia zakresu prac i odpowiednio uszczegółowienia wartości poszczególnych elementów robót. Nieuprawnionym ze strony Zamawiającego byłoby również żądanie, aby wykonawcy załączyli dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazywanych robót (listy referencyjne), których treść zawiera „rodzaj wykonywanych robót, kubaturę obiektów oraz ogólną wartość robót”. Wystarczającym jest, aby dokumenty te potwierdzały, że wskazane przez wykonawcę roboty zostały wykonane należycie (patrz: orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sygn.: KIO/UZP 569/09, KIO/UZP 1190/08).

- g) zarzut złożenia referencji dotyczących „Opracowania dokumentacji projektowej rozbudowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów - granica województwa świętokrzyskiego małopolskiego” nie potwierdzających spełniania wymogu określonych w SIWZ, ponieważ dotyczą wykonania koncepcji programowej, a nie kompletnej dokumentacji projektowej

Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień uznał za zasadne stwierdzenie, że warunek udziału w Postępowaniu dotyczący wymaganej wiedzy i doświadczenia nie wskazywał jednoznacznie, że Zamawiającemu chodziło o dokumentację projektową w rozumieniu § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. W związku z powyższym należało uznać, że usługa dotycząca dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Rozbudowa drogi ekspresowej S-7 - Studium Koncepcji Programowej - na odcinku: Jędrzejów - granica województwa świętokrzyskiego i małopolskiego od km 583+632 do km 603+659” potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazywał, że wątpliwości powstałe na tle treści SIWZ nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozstrzygane na ich korzyść. Zamawiający nie ma prawa dowolnego interpretowania zapisów SIWZ i oceniania

27

przedstawionych przez wykonawców dokumentów przez pryzmat tego, co Zamawiający zamierzał napisać w SIWZ, zamiast tego, co faktycznie w niej napisał. W przypadku, gdy SIWZ jest nieprecyzyjna wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych tego konsekwencji i wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na ich korzyść, co też Zamawiający uczynił. Na powyższe okoliczności wskazują również jednoznacznie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które Zamawiający wziął pod uwagę, przychylając się do stanowiska przedstawionego przez Wykonawcę (patrz: orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sygn.: KIO/UZP 1925/09, KIO/UZP 636/08).

- h) zarzut wystąpienia sprzeczności między oświadczeniem spółki Ove Arup & Partners

International Limited informującym o udziale tejże spółki w realizacji zamówienia w zakresie studium wykonalności wraz z analizami ekonomicznymi i finansowymi oraz analizy i prognozy ruchu wraz z raportem a treścią załącznika nr 1, gdzie wskazano iż podwykonawcy będą wykonywać część zamówienia jedynie w zakresie geodezji, geologii oraz ochrony środowiska, a tym samym uznaniu, że oświadczenie nie stanowi dowodu udziału spółki w Postępowaniu i nie stanowi skutecznej podstawy do powoływania się na jej wiedzę i doświadczenie

Zamawiający stwierdził, iż nie widzi naruszenia dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp polegającej na braku podstawy na powołanie się przez Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt - Południe na doświadczenie Ove Arup & Partners International Limited. Zdaniem Zamawiającego w odniesieniu do przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z punktu widzenia skuteczności polegania na zasobach innych podmiotów bez znaczenia pozostaje fakt, jakiego rodzaju charakter prawny wzajemnych stosunków łączy wykonawcę z podmiotami, na których zasobach on polega. Z punktu widzenia skuteczności złożonego przez podmiot trzeci zobowiązania bez znaczenia są prawne relacje podmiotów związanych stosunkiem mającym swoje źródło w ww. przepisie. W szczególności nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swojego doświadczenia na zasadach określonych tym przepisem, uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość bądź określoną część zamówienia jako podwykonawca. Oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp zasobów, gdy dotyczy doświadczenia, łączy się z zasady z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to może przybrać dowolną formę, niekoniecznie musi to być forma podwykonawstwa. Podwykonawstwo nie jest warunkiem *sine qua non* spełnienia przesłanki dysponowania zasobami określonymi w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie może być związany z wykonawcą w postaci np. współpracy, doradztwa, konsultacji czy choćby umowy

28

lojalnościowej. Ustawodawca nie dokonał zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. Zamawiający uznał, że przedłożone w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe, zobowiązanie podmiotu trzeciego, na którego doświadczenie się powołuje (patrz: orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej sygn.: KIO 1333/10, KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10, KIO 1541/10). Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe w dostateczny sposób, a nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, udowodniło, że wskazany podmiot odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia. O powyższym świadczy treść oświadczenia woli firmy Ove Arup & Partners International Limited o oddaniu do dyspozycji zasobów wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia. Nieistotne w tym przypadku jest to, czy z tą firmą Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe zawarło stosowne umowy o realizację robót na zasadzie podwykonawstwa, czy też będzie korzystał z jej wiedzy i doświadczenia w drodze konsultacji czy doradztwa na etapie realizacji robót. Jednocześnie z treści oferty i jej uzupełnienia nie wynika, że Ove Arup & Partners International Limited będzie podwykonawcą. Na marginesie należy dodać, że Zamawiający nie ma prawa żądania informacji o charakterze prawnym współpracy pomiędzy ww. podmiotem a wykonawcą.

i) zarzut złożenia oświadczenia członka organu zarządzającego spółki Ove Arup & Partners International Limited nie spełniającego wymagań SIWZ, gdyż zgodnie z adnotacją tłumacz przysięgłego tłumaczenia dokumentu dokonano 31 stycznia 2010 r., a zatem dokument musiał zostać sporządzony wcześniej

Przedstawiony zarzut wynika z oczywistego błędu tłumacza. Zarówno z treści dokumentu, jak i jego tłumaczenia wynika, że dokument sporządzono 21 stycznia 2011 r. a wpisana data na końcu tłumaczenia jest ewidentną omyłką pisarską popełnioną przez tłumacza. Zamawiający wskazuje, że do oferty załączono oryginał tłumaczonego dokumentu, z którego jednoznacznie wynika data jego sporządzenia. Tłumaczenie dokumentu z języka obcego na język polski nie jest oświadczeniem woli podmiotu składającego takie

oświadczenie, nie ma więc znaczenia dla wyniku postępowania. Zważyć przy tym należy, że zarzut Odwołującego nie dotyczy treści tłumaczenia oraz dokumentu przedstawionego przez Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe, ale dokumentu sporządzonego przez tłumacza (zarzut dotyczy błędu w formie dokumentu), co pozwala uznać, że Odwołujący nie kwestionuje daty sporządzenia dokumentu podstawowego (sporządzonego w języku angielskim).

29

j) zarzut złożenia oświadczenia Ove Arup & Partners International Limited o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia podpisanego jedynie jednoosobowo przez osobę reprezentującą przedsiębiorcę w oddziale w Polsce, mimo iż wiedza i doświadczenie nie wiążą się w żaden sposób z działalnością oddziału w Polsce. Zamawiający wskazywał, iż jednym z obowiązków przedsiębiorcy tworzącego oddział na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest ustanowienie osoby upoważnionej w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Przedsiębiorca jest zobligowany do podania imienia i nazwisko oraz adresu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej osoby upoważnionej w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Osoba upoważniona w oddziale reprezentuje przedsiębiorcę zagranicznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (patrz: *Komentarz do art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, Sieradzka Małgorzata, LEX/el. 2010*). Niezależnie od powyższego należy podnieść, że ewentualne uwzględnienie tego zarzutu nie może skutkować odrzuceniem oferty. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający w przypadku braku pełnomocnictwa zobowiązany jest do wystąpienia o uzupełnienie oferty w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że wykonawca w przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego załączył stosowne pełnomocnictwo, zatem wystąpienie o uzupełnienie tego braku na tym etapie postępowania byłoby zbyteczne.

Ad. II, V i VI

Zdaniem Zamawiającego bezprzedmiotowy jest zarzut dotyczący niewykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze - PxM - Projekt - Południe na podstawie art. 24 ust. 3 (tak w *oryg. – powinno być art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp – przypis autora*) ustawy Pzp i nie zasługuje na uwzględnienie. Twierdzenie, że Konsorcjum WBP Zabrze - PxM - Projekt - Południe złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania poprzez zwrócenie się z prośbą o przedłużenie terminu przeznaczonego na uzupełnienie dokumentów, wskazując na trudności logistyczne wynikające z faktu, iż dokumenty dotyczyły firmy z siedzibą w Wielkiej Brytanii, a następnie złożenie oświadczenia datowanego na dzień sprzed terminu wcześniej wyznaczonego wystawionego w Warszawie, nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie dotyczącym firmy brytyjskiej Zamawiający zwrócił się w toku postępowania z prośbą do Konsorcjum WBP Zabrze - PxM - Projekt - Południe o:

- 1) uzupełnienie dokumentu potwierdzającego dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia - oświadczenia Ove Arup & Partners International Limited o oddaniu w dyspozycji Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe wiedzy i doświadczenia potwierdzającego udział tego podmiotu w realizacji zamówienia,
- 2) złożenie wyjaśnienia odnośnie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi opracowania dokumentacji projektowej pn. „Roads service DBFO Package 1 - Westlink”, a w

30

sytuacji gdy treść wyjaśnień potwierdzałaby, że dołączony dokument nie może zostać uznany za wystarczający, Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentu, który prawidłowo potwierdzałby należyte wykonanie usługi. W przypadku gdyby Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe nie posiadało takiego dokumentu, wezwano do ewentualnego uzupełnienia wykazu o inne usługi wraz z wymaganymi referencjami. Pismem z dnia 21 czerwca 2011 r. (w *oryg. błędnie maja – przypis autora*) zostało przedłożone oświadczenie firmy Ove Arup&Partners International Limited potwierdzające udział tej firmy w realizacji zamówienia, które w swojej treści odwoływało się do posiadania doświadczenia w oparciu o realizację usługi wskazanej w złożonej ofercie tj. opracowania dokumentacji projektowej pn. „Roads service DBFO Package 1 - Westlink”. W tej sytuacji prośba o przedłużenie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na uzupełnienie dokumentów dotyczyła prośby o wyjaśnienia odnośnie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi, na co

Zamawiający wyraził zgodę. Dnia 27 czerwca 2011 r. Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe przedłożyło wykaz wykonanych usług zawierający nowe zadanie realizowane przez Ove Arup & Partners International Limited wraz z referencjami oraz oświadczenie potwierdzające udział firmy w realizacji zamówienia, które w swojej treści odwoływało się do posiadania doświadczenia w oparciu o realizację usługi wskazanej w uzupełnieniu tj. opracowania dokumentacji projektowej pn. „A30 Autoroute PPP Scheme”. W świetle powyższego, w opinii Zamawiającego, nie można jednoznacznie uznać informacji o problemach logistycznych za nieprawdziwe, gdyż konieczne okazało się przedstawienie nowych referencji, którymi mógł nie dysponować oddział w Polsce. Zamawiający wskazywał, że nieprawdziwe informacje to informacje przedstawiające odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego, które są złożone ze świadomością ich nieprawdziwości. Zdaniem Zamawiającego strona formułująca ten zarzut winna go udowodnić. Kierowanie się domysłami i przemyśleniami bez ich oparcia o konkretny materiał dowodowy, w ocenie Zamawiającego, jest niewystarczające, w szczególności, że jeden z przedłożonych dokumentów został sporządzony w języku angielskim, co uprawdopodobnia ocenę, że musiał on zostać ściągnięty bezpośrednio od Ove Arup & Partners International Limited - przedsiębiorstwa zagranicznego. Zamawiający uznawał także za bezzasadny zarzut zaakceptowania przez Zamawiającego zmiany dokumentu już raz uzupełnionego, co, zdaniem Odwołującego, miało miejsce w przypadku oświadczenia o współpracy złożonej Ove Arup & Partners International Limited. Zarówno w pierwszym przypadku, jak i drugim Ove Arup & Partners International Limited złożyło oświadczenie o udostępnieniu swojego doświadczenia i udziale w realizacji części zamówienia. Konieczność załączenia drugiego oświadczenia wyniknęła ze wskazania innej usługi spełniającej wymogi SIWZ niż podana w ofercie oraz formy sporządzanego zaświadczenia, które w swojej treści wskazuje nazwę zrealizowanego projektu.

31

Ad. V

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zgodę na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów w stosunku do Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe, co, w ocenie Odwołującego, naruszało nakaz równego traktowania wykonawców, Zamawiający wyjaśniał, że wystąpił z prośbą o uzupełnienie oferty do sześciu wykonawców startujących w niniejszym Postępowaniu. W momencie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu, czterech spośród nich (w tym Odwołujący) przesłało już wymagane dokumenty. W tej sytuacji wydłużenie terminu dwóm pozostałym wykonawcom, którzy zwrócili się z taką prośbą, nie wymagało informowania o tym fakcie pozostałych wzywanych. Zamawiający nie przedłużył terminu w identyczny sposób wszystkim wykonawcom, gdyż w stosunku do wykonawców, którzy już przesłali uzupełnienia, byłoby to bezcelowe i nielogiczne. Takie postępowanie w żaden sposób nie dyskryminowało pozostałych wykonawców.

Zamawiający podnosił, iż nie odniósł się do punktów ad. III i IV, ponieważ nie zawierają one merytorycznych zarzutów co do Postępowania, ale odpowiednio żądanie wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia jego oferty.

Wobec powyższych argumentów Zamawiający uznawał, że nie miał podstaw do wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe i tym samym odrzucenia jego oferty. W tej sytuacji zdaniem Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty dokonany został prawidłowo oraz wnosil o oddalenie odwołania

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestnika postępowania złożone na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za ważną, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji (uzyskała 412,9 punktów). Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której

to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia po stronie Zamawiającego Konsorcjum WBP

32

Zabrze.-PxM-Projekt-Południe, nie uwzględniając zasadności przeciwnego wniosku złożonego przez Odwołującego, który kwestionował prawidłowość czynności przesłania kopii przystąpienia Odwołującemu. Odwołujący podnosił, iż kopia przystąpienia została przesłana pełnomocnikowi Odwołującego w dniu 14 lipca 2011 r. na numer faksu wskazany w odwołaniu jako dokument niekompletny, natomiast pełną treść przystąpienia przesłano w tej samej dacie na adres mailowy nie podany w odwołaniu, będący adresem ogólnym obsługiwanym przez sekretariat pełnomocnika (Kancelarii), gdzie przychodząca korespondencja nie jest weryfikowana na bieżąco i przesyłana do właściwych osób. Powyższe spowodowało możliwość zapoznania się z przystąpieniem dopiero w dniu 16 lipca 2011 r. tj. po upływie terminu na zgłoszenie przystąpienia. Izba uznała, iż art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie wskazuje żadnej wiążącej formy przesłania kopii, istotne jest, dla zachowania celu przedmiotowej regulacji, aby przesłanie kopii nastąpiło. Odwołujący nie kwestionował faktu otrzymania kopii, podnosił jedynie, iż z uwagi na przekazanie jej na ogólny adres mailowy w dacie przesłania nie nastąpiło faktyczne zapoznanie się z jego treścią. Izba uznała zatem, iż przedstawiona argumentacja nie potwierdza braku skuteczności przystąpienia.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W odniesieniu do poszczególnych zarzutów Izba zważyła, co następuje.

1) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, mimo iż nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu, bowiem oferta Konsorcjum została złożona przez pełnomocnika Marka P., który nie dysponował pełnomocnictwem udzielonym przez spółkę PxM-Projekt-Południe Sp. z o. o.;

Odwołujący zarzucał, iż oferta Konsorcjum WBP Zabrze – PxM Projekt Południe została złożona przez pełnomocnika Pana Marka P., który nie dysponował pełnomocnictwem udzielonym przez partnera Konsorcjum – spółkę PxM Projekt Południe Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego pełnomocnictwo z dnia 10 maja 2011 r. dołączone do oferty Konsorcjum obejmuje upoważnienie udzielone przez spółkę PxM-Projekt-Południe Sp. z o. o. spółce WBP Zabrze Sp. z o. o. do reprezentowania w Postępowaniu. Jednocześnie jednak spółka WBP Zabrze Sp. z o. o. w pełnomocnictwie z dnia 10 maja 2011 r. załączonym do oferty umocowała Pana Marka P. w sposób jednoznaczny jedynie do reprezentowania spółki WBP Zabrze Sp. z o. o. w Postępowaniu, nie upoważniając go do reprezentowania spółki PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. Brak zatem umocowania pełnomocnika jednoznacznie wskazuje na brak możliwości uznania złożonej przez niego oferty i innych dokumentów za wykazujące spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

33

Izba nie podziela powyższej argumentacji, jak również twierdzenia Odwołującego prezentowanego na rozprawie o braku możliwości wykładni treści udzielonych pełnomocnictw w oparciu o art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, gdyż ich postanowienia są jasne. Izba zauważa, iż pełnomocnictwo z dnia 10 maja 2011 r. udzielone przez PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. wyraźnie stwierdza, iż jest ono udzielone w związku ze wspólnym ubieganiem się przez z PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. i WBP Zabrze Sp. z o.o. o udzielenie przedmiotowego zamówienia („Opracowanie dokumentacji projektowej – Budowa Regionalnej Drogi Racibórz – Pszczyna”) oraz zgodnie art. 23 ustawy Pzp ustanawia WBP Zabrze Sp. z o.o. pełnomocnikiem uprawnionym do reprezentacji także partnera Konsorcjum w ramach tego Postępowania. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa, pełnomocnik (WBP Zabrze Sp. z o.o.) upoważniony został w szczególności do:

- przygotowania, parafowania, podpisania i złożenia oferty wraz z załącznikami za i w imieniu wszystkich wykonawców, a także wycofania lub zmiany oferty oraz wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą,
- podpisania umowy w sprawie wyżej wymienionego zamówienia publicznego, jeżeli oferta działających wspólnie wykonawców zostanie wybrana przez Zamawiającego,

- wniesienia w imieniu wszystkich wykonawców wadium w formie i kwocie wynikającej z warunków dotyczących złożenia oferty, a także przedłużenia okresu ważności wadium, jeśli jest to związane z wyrażeniem zgody na przedłużenie okresu związania ofertą,
- wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku wyboru oferty wspólnie działających wykonawców,
- potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów składanych wraz z ofertą;
- reprezentowania wszystkich wykonawców w postępowaniu przetargowym;
- udzielania wszelkich wyjaśnień w związku ze złożoną ofertą,
- uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego złożonej oferty w zakresie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- składania odwołań oraz przyłączania się do postępowania odwoławczego,
- składania skarg do sądu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej lub postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej kończące postępowanie odwoławcze,
- występowania przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, Krajową Izbą Odwoławczą, właściwym Sądem Okręgowym i ustanawiania pełnomocników w tym zakresie,
- uiszczania wpisów od wnoszonych środków ochrony prawnej,
- zaciągania zobowiązań i otrzymywania instrukcji i zleceń na rzecz oraz w imieniu wszystkich wykonawców oraz podejmowania innych decyzji i czynności prawnych, składania oświadczeń woli i wiedzy w związku z uczestnictwem w przetargu.

34

Pełnomocnik w zakresie przedmiotowym objętym pełnomocnictwem był także uprawniony do ustanowienia dalszego pełnomocnika (substytucji). Pełnomocnictwo jest ważne do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei pełnomocnictwo z dnia 10 maja 2011 r. udzielone przez WBP Zabrze Sp. z o.o. dla Pana Marka P. obejmuje prawo reprezentacji w niniejszym Postępowaniu obejmujące upoważnienie w szczególności do:

- podpisania i parafowania oferty wraz z załącznikami,
- potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów składanych wraz z ofertą;
- wyrażania zgody na przedłużenie okresu związania ofertą,
- przedłużenia okresu ważności wadium, jeśli jest to związane z wyrażeniem zgody na przedłużenie okresu związania ofertą,
- udzielania wszelkich wyjaśnień w związku ze złożoną ofertą,
- uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego złożonej oferty w zakresie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast pełnomocnictwo powyższe istotnie w swojej treści nie odwołuje się do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia obu członków Konsorcjum, lecz „Spółki”, tj. WBP Zabrze Sp. z o.o., literalnie nie wskazuje również na pełnomocnictwo substytucyjne czy działanie przez WBP Zabrze Sp. z o.o. jako lider (pełnomocnik w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp) w ramach Konsorcjum. Powyższe jednak, zdaniem Izby, nie oznacza, iż Pan Marek P. nie posiadał upoważnienia do działania w imieniu i na rzecz drugiego członka Konsorcjum. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego o niedopuszczalności stosowania w tym zakresie art. 65 Kodeksu cywilnego. Skoro bowiem prawidłowość umocowania Pana Marka P. jest przedmiotem sporu, nie sposób uznać, iż oświadczenie woli w tym zakresie było jednoznaczne. W ocenie Izby w razie wątpliwości, Zamawiający powinien zatem kierować się zasadami wykładni oświadczeń woli, które przesądzają, iż wykładnia pełnomocnictwa nie może abstrahować od treści oferty, a także przepisu art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego znajdującego zastosowanie w oparciu o art. 14 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko należy uznać za ugruntowane w orzecznictwie (np. wyrok ZAUZP z dnia 5 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/O-634/07, w którym stwierdza się, iż wszelkie wątpliwości dotyczące pełnomocnictw muszą być interpretowane zgodnie z normami prawa cywilnego, a zwłaszcza zastosowanie powinny być przepisy art. 65 Kodeksu cywilnego dotyczące oświadczeń woli). Udzielenie pełnomocnictwa następuje w drodze jednostronnej czynności prawnej o charakterze upoważniającym, co oznacza, że osoba, której udzielono pełnomocnictwa uzyskuje kompetencję do podejmowania czynności prawnych ze skutkiem bezpośrednim dla reprezentowanego. Udzielenie pełnomocnictwa stanowi czynność prawną, obejmuje więc przede wszystkim oświadczenie woli mocodawcy. Oświadczenie to, podobnie jak każde inne oświadczenie woli, podlega regułom wykładni i

winno być tak tłumaczone, jak wymagają tego okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, o czym stanowi przepis art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 251/08, wskazuje, iż to oświadczenie woli mocodawcy decyduje zarówno o powstaniu, jak i o zakresie umocowania. Oświadczenia tego nie można więc interpretować dowolnie, zwłaszcza zaś sprzecznie z intencją mocodawcy. Zgodnie z regułami interpretacyjnymi z art. 65 Kodeksu cywilnego wskazane jest również odwołanie się do kontekstu sytuacyjnego - okoliczności, w jakich składane jest oświadczenie woli podlegające wykładni. Analizując stan faktyczny niniejszej sprawy, uznać należy, iż nie budzi żadnych wątpliwości i jest bezsporną okolicznością, iż oferta została złożona w imieniu Konsorcjum, jak i dołączone do niej zostało zarówno pełnomocnictwo konsorcjalne obejmujące prawo do udzielania pełnomocnictw dalszych, jak i pełnomocnictwo dalsze ustanowione w ramach przyznanego mu zakresu upoważnienia przez pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp (lidera Konsorcjum). Niewątpliwie zatem wolą mocodawcy – partnera Konsorcjum spółki PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. - było upoważnienie dla WBP Zabrze Sp. z o.o. do reprezentowania partnera Konsorcjum w ramach przedmiotowego Postępowania, jak i przyznanie mu uprawnienia do udzielania pełnomocnictw dalszych w zakresie przedmiotowym pełnomocnictwa konsorcjalnego. Wątpliwości dotyczą natomiast realizacji tej woli przez WBP Zabrze Sp. z o.o. wynikające ze sposobu sformułowania treści pełnomocnictwa dalszego, w którym brak odniesienia do działania także w imieniu partnera Konsorcjum. W ocenie Izby, mając zatem na uwadze wspólne ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, potwierdzone udzieleniem pełnomocnictwa konsorcjalnego przez PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. na rzecz WBP Zabrze Sp. z o.o. obejmującego prawo do udzielania pełnomocnictw dalszych oraz złożeniem wspólnej oferty, jak również fakt, iż zakres pełnomocnictwa dalszego nie wykracza poza zakres pełnomocnictwa konsorcjalnego, uznać należy, iż powyższe braki pełnomocnictwa winny być traktowane jako posiadające wyłącznie charakter formalny. Przeciwnie rozumienie byłoby sprzeczne zarówno z wolą mocodawcy, jak i naruszałoby interes partnera Konsorcjum - PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. którego zamiarem pozostawało wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, jako że podmiot ten nie miał faktycznego wpływu na sposób sformułowania pełnomocnictwa dalszego przez lidera Konsorcjum. Zdaniem Izby, nie znajdują oparcia w stanie faktycznym niniejszej sprawy obawy zgłaszane przez Odwołującego o potencjalnym zagrożeniu interesów Zamawiającego z uwagi na możliwość uchylania się przez partnera Konsorcjum od odpowiedzialności związanej ze złożeniem oferty z uwagi na nieprawidłowość umocowania osoby podpisującej ofertę. Oferta jest ofertą wspólną i na taki jej charakter jednoznacznie wskazuje formularz ofertowy, dokumenty do niej załączone, treść wadium oraz pełnomocnictwa konsorcjalnego. Dodatkowo, na marginesie warto wskazać, iż członkowie

Konsorcjum są podmiotami powiązanymi, o tożsamym składzie zarządu. Ryzyko, na które powołuje się Odwołujący, zdaniem Izby, w istocie nie istnieje. Ponadto Odwołujący, żądając wykluczenia Konsorcjum z tej przyczyny, pomija całkowicie regulację art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, która jednoznacznie odnosi się również do pełnomocnictw obarczonych błędami. Tym samym nawet uznanie argumentacji Odwołującego nie mogłoby uzasadniać wykluczenia Konsorcjum z Postępowania bez dochowania obligatoryjnej procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis jednoznacznie przewiduje obowiązek wezwania do uzupełnienia m.in. pełnomocnictw w razie ich wadliwości, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W ocenie Izby konieczność taka nie zachodzi.

2) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, mimo iż nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu, bowiem żadne kopie dokumentów mających wykazywać spełnienie przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe warunków udziału w Postępowaniu nie zostały w wymagany sposób poświadczone za zgodność z oryginałem

Odwołujący zarzucał, iż żadne kopie dokumentów mających wykazywać spełnienie przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe warunków udziału w postępowaniu nie

zostały w wymagany sposób poświadczane za zgodność z oryginałem, a zostały jedynie opatrzone podpisem rzekomego pełnomocnika Pana Marka P., bez opatrzenia tegoż podpisu jakimkolwiek dodatkowym sformułowaniem „za zgodność z oryginałem” lub podobnym (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r., sygn. akt KIO 869/11). Zarzut Odwołującego o niepotwierdzeniu za zgodność z oryginałem żadnych kopii złożonych przez Konsorcjum dokumentów Izba uznała za niezasadny. Dokumenty dołączone do oferty były bowiem potwierdzane za zgodność z oryginałem przez dwie osoby:

- dokumenty dotyczące Konsorcjum WBP Zabrze - PxM - Projekt -Południe były potwierdzane za zgodność przez Pana Marka P. i zostały oprócz jego pieczętki imiennej opatrzone pieczętką WBP Zabrze Sp. z o.o. zawierającą sformułowanie „potwierdzam zgodność z oryginałem”;
- dokumenty dotyczące Ove Arup & Partners International Limited były potwierdzane co do zasady przez Pana Jana Z., którego podpis opatrzone był pieczętką zawierającą sformułowanie „ za zgodność z oryginałem” i dodatkowo podpisane były przez Marka P. Dokumenty na str. 28-29 (list referencyjny dotyczący zamówienia „Roads Service DBFO Package1 – Westlink wraz z tłumaczeniem), str. 60-67 oferty (protokół notarialny nr 264/2011, nr 265/2011 wraz z tłumaczeniem), list referencyjny dotyczący zamówienia „A30 Autoroute PPP Scheme” został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Pana Marka P. Słusznym

37

jest stanowisko, iż brak normatywnie ustalonego sposobu potwierdzania przedkładanych kopii „za zgodność z oryginałem”. Toteż sposób w jaki uczynione to zostało w ofercie Konsorcjum, należy uznać za wystarczający, gdyż jednoznacznie wskazuje na zamiar oznaczenia tych dokumentów jako kopii odpowiadających oryginałom. Uznanie, iż poprzez zamieszczenie określenia „za zgodność z oryginałem” na pieczęci firmowej spółki - pełnomocnika Konsorcjum, a nie odrębnie, świadczy o poświadczeniu jedynie w imieniu tej spółki, a nie całego Konsorcjum, byłoby przejawem nadmiernego formalizmu, nie znajdującego uzasadnienia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Izba uznała również, iż Pan Marek P. był uprawniony do działania w imieniu partnera Konsorcjum, stąd kwestionowanie jego upoważnienia do potwierdzania za zgodność z oryginałem w imieniu całego Konsorcjum dokumentów przedkładanych przez obu konsorcjantów należy uznać za nieuzasadnione. Zakres pełnomocnictwa konsorcjalnego jednoznacznie obejmował upoważnienie do potwierdzania za zgodność z oryginałem wszelkich kopii dokumentów składanych wraz z ofertą i znalazł on odzwierciedlenie w treści pełnomocnictwa dla Pana Marka P. Nie znalazła także potwierdzenia teza Odwołującego, iż w szczególności nie zostały prawidłowo poświadczane za zgodność referencje mające wykazywać spełnienie warunków określonych w Rozdziale IV (Warunki udziału w postępowaniu) pkt 3 SIWZ przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oraz, iż nie zostały również prawidłowo poświadczane za zgodność dokumenty wymienione w Rozdziale V (Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu) pkt 1 ppkt 2-6 SIWZ, a przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe. Referencje dotyczące zamówień wskazanych w pierwotnym wykazie znajdujące się na str. 27-29 oferty zostały potwierdzone za zgodność przez Pana Marka P., podobnie jak referencja dotycząca uzupełnionego zamówienia „A30 Autoroute PPP Scheme”. Natomiast zrozumiałym jest brak potwierdzenia za zgodność tłumaczenia dokonanego przez Przystępującego, które zostało opatrzone pieczęcią firmową WBP Zabrze Sp. z o.o. oraz pieczęcią i podpisem pełnomocnika. Dokumenty wymienione w Rozdziale V (Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu) pkt 1 ppkt 2-6 SIWZ przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze - PxM-Projekt-Południe na str. 6-24 oferty zostały potwierdzone za zgodność przez Pana Marka P. Ponadto wskazać należy, iż powoływany przez Odwołującego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 869/11) należy uznać za nieadekwatny w niniejszej sprawie, a ponadto został przytoczony z pominięciem istotnych okoliczności stanu faktycznego. Dotyczy on bowiem sytuacji, gdy przedkładane kopie w ogóle nie zostały uwierzytelnione (cyt. „Zdaniem Izby brak na ww. dokumentach zapisu ”za zgodność z oryginałem”, czy też „zgodne z oryginałem” lub zapisu o podobnej treści, uniemożliwiał zamawiającemu w sposób jednoznaczny stwierdzenie, czy złożone przez

38

odwołującego dokumenty odzwierciedlają stan faktyczny w nich stwierdzony. Tym samym niezachowanie wymaganej formy poświadczenia kopii za zgodność z oryginałem, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia w tej sprawie. Istotnym jest, że poświadczenie odpisu dokumentu „za zgodność”, stanowi oświadczenie wiedzy poświadczającego, tym samym przyjmuje on na siebie odpowiedzialność za kompletność dokumentu i dokładne odtworzenie treści oryginału. Należy stanowczo podkreślić, że zamawiający nie może domniemywać, że podpisy złożone na wskazywanych dokumentach miały na celu potwierdzenie zgodności tej kopii z oryginałem, bowiem formuła potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem posiada walor oświadczenia o określonej doniosłości prawnej i nie może być wywodzona w drodze domniemania). Ponadto rygor wykluczenia powoływany był przez Izbę z uwagi na okoliczność, iż kopie przedkładane były na skutek wezwania przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym, nie odnosząc się w ogóle do merytorycznej argumentacji przytoczonej przez Izbę w przedmiotowym wyroku, stwierdzić należy, iż zapadł on na gruncie odmiennego stanu faktycznego i już tylko z tej przyczyny nie może znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie. Izba zauważa natomiast, iż Odwołujący nie kwestionował w treści odwołania prawidłowości czynności potwierdzenia za zgodność z oryginałem z powołaniem innych przesłanek, stąd na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie jest uprawniona do oceny i rozstrzygania w zakresie wykraczającym poza zarzuty odwołania.

3) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, pomimo iż przedłożone przez Konsorcjum oświadczenie z dnia 13 grudnia 2010 r. złożone przez Philipa Grahama D. przed notariuszem Davidem Noelem L. F. (nr aktu 803/2010) w imieniu spółki Ove Arup & Partners International Limited nie spełnia wymogów określonych w Rozdziale V („Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu”) pkt 4 SIWZ oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów

Odwołujący wskazywał, iż przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenie z dnia 13 grudnia 2010 r. złożone przez Philipa Grahama D. przed notariuszem Davidem Noelem L. F. (nr aktu 803/2010) w imieniu spółki Ove Arup & Partners International Limited nie spełnia wymogów określonych w Rozdziale V („Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu”) pkt 4 SIWZ, zgodnie z którym:

39

„Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i określonych w Rozdziale IV w pkt 3 polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia Zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w Rozdziale V pkt 1 ppkt. 1), 2), 3), 4), 5) i 6), iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp”,

jak również nie spełnia wymogów wynikających wprost z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, bowiem przedmiotowe oświadczenie w zakresie stwierdzenia, że spółka Ove Arup & Partners International Limited nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, zostało wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Izba wskazuje, iż, uzasadniając przedmiotowy zarzut, Odwołujący całkowicie pomija fakt, iż w ofercie Konsorcjum przedłożono „Certificate of compliance” (tłum. Certyfikat Zgodności z Wymogami Regulacji KE Dotyczącymi Płatności Podatku i Ubezpieczenia Społecznego („Certyfikat”), wydany dnia 12 kwietnia 2011 r. przez HM Revenue & Customs (tłum. Urząd Podatków i Cel jej Królewskiej Mości), w którym Urząd Podatków i Cel Jej Królewskiej Mości (HM Revenue & Customs) potwierdził, iż: „Niniejszym zaświadczaamy, że według naszej najlepszej wiedzy, firma Ove Arup & Partners International Limited wypełniła jako pracodawca swoje zobowiązania w zakresie zapłaty Podatków i Ubezpieczenia Społecznego zgodnie z Przepisami Ustaw z 1993 r. o Podatku Dochodowym z tytułu Zatrudnienia oraz Ustawy z 1992 r. o Składkach na Ubezpieczenie Społeczne i Świadczeniach. Zaświadczaamy ponadto, w zakresie, w jakim leży to w gestii Urzędu, iż w

zakresie, w jakim ma to zastosowanie, uiszczone zostały wszystkie obecnie pobierane składki na ubezpieczenie społeczne, podatek dochodowy i podatek dochodowy od osób prawnych (...)” (cyt. tłumaczenie poświadczone). Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 (tj. zamiast aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, oddziału ZUS lub KRUS) wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Paragraf 4 ust. 2 zdanie drugie rozporządzenia w sprawie dokumentów przewiduje, iż dokument, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b) powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. W § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie

40

dokumentów wskazano natomiast, iż „Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.” Tym samym jednoznacznie przyznano w nim pierwszeństwo dokumentom urzędowym, dopuszczając możliwość posłużenia się oświadczeniem złożonym przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, gdy dokumentu urzędowego w powyższym zakresie „nie wydaje się”. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby przedłożony Certyfikat wydany dnia 12 kwietnia 2011 r. przez Urząd Podatków i Cel jej Królewskiej Mości nie był prawidłowym dokumentem wystarczającym dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z §1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w treści tegoż Certyfikatu znajduje się odniesienie do zobowiązań Ove Arup & Partners International Limited jako pracodawcy czy też zastrzega się, iż Certyfikat wydawany jest w zakresie kompetencji wydającego go Urzędu, nie stanowi dowodu na jego nieprawidłowość czy niewystarczalność. Dowodem takim nie jest też przedłożenie dodatkowo oświadczenia w tym samym zakresie złożonego przed notariuszem. Należy bowiem stwierdzić, iż oświadczenie z dnia 13 grudnia 2010 r. złożone przez Philipa Grahama D. (akt nr 803/2010) dotyczyło także innych okoliczności dotyczących podstaw do wykluczenia. Przedłożenie oświadczenia dodatkowo, z ostrożności, nie może w żadnym razie być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Ciężar dowodu w tym zakresie obciążał Odwołującego, który nie przedstawił żadnej argumentacji merytorycznej podważającej stanowisko Zamawiającego, który, jak oświadczył, oparł się na Certyfikacie, a nie oświadczeniu. Niewątpliwie również Certyfikat z dnia 12 kwietnia 2011 r. wydany został z zachowaniem wymaganego terminu.

Ponadto Odwołujący sformułował zarzut, iż przedłożone przez Konsorcjum dokumenty dotyczące Oddziału Ove Arup & Partners International Limited w Polsce oprócz tego, iż zostały nieprawidłowo poświadczone za zgodność z oryginałem, to nie spełniają wymogów wynikających z §4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jako że dotyczą tylko wycinka działalności Ove Arup & Partners International Limited, tj. działalności prowadzonej w Polsce i nie dotyczą tego podmiotu jako całości. Izba stwierdza, iż powyższy zarzut w istocie nie zawiera rzeczowego uzasadnienia. Jak było bowiem wskazane powyżej dokumenty dotyczące Ove Arup & Partners International Limited zostały poświadczone za zgodność z oryginałem, a Odwołujący poza kwestionowaniem upoważnienia do poświadczenia za

41

zgodność z oryginałem i formalnego sposobu jego dokonania, nie podnosił innej argumentacji na potwierdzenie swojego zarzutu. Odwołujący nie precyzuje także, jakie to

dokumenty powinny być przez Konsorcjum w odniesieniu do Ove Arup & Partners International Limited przedłożone, aby zdaniem Odwołującego czyniły zadość § 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Konsorcjum przedłożyło bowiem nie tylko dokumenty dotyczące samego Oddziału w Polsce, lecz także przedsiębiorcy zagranicznego, co Odwołujący całkowicie pomija. Odwołujący w żaden sposób nie wskazał argumentacji na poparcie swojego zarzutu, a zatem należy uznać go za niewykazany.

4) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez

Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, pomimo iż żadna z referencji przedłożonych przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited, także po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazuje w swojej treści, że dotyczą usług wykonywanych przez spółkę Ove Arup & Partners International Limited, a wymieniają jedynie oznaczenie wykonawcy jako „Arup”, co nie pozwala na zidentyfikowanie rzeczywistego wykonawcy

Izba uznała, iż istotnie użyte w treści listu referencyjnego z dnia 9 kwietnia 2010 r. dotyczącego zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” określenie wykonawcy zamówienia jako „Arup” nie pozwala na weryfikację przez Zamawiającego, czy podmiot, dla którego wystawiono referencje jest tym samym, którego doświadczenie wykazywane jest jako udostępniony zasób (Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii), co równocześnie decyduje o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Brak jest bowiem wskazania w referencji nazwy podmiotu w taki sposób, który pozwalałby na jego identyfikację i jednoznaczne powiązanie z treścią wykazu wykonanych zamówień oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów. Nie zostało też w żaden sposób wykazane, aby określenie „Arup” stanowiło skróconą nazwę Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii. Nie wynika to również z dokumentów złożonych wraz z ofertą, w szczególności z zaświadczenia wydanego przez Naczelnika Urzędu Rejestrowego Spółek Anglii i Walii (the Registrar of Companies for England and Wales) z dnia 17 marca 2011 r. Powyższe jest o tyle istotne, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów dotyczy ściśle określonego podmiotu - Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, zostało podpisane przez przedstawicieli tego podmiotu upoważnionych do jego reprezentacji w Oddziale w Polsce, a zatem skuteczność zobowiązania uzależniona jest od tożsamości podmiotu wykonującego zamówienie oraz podmiotu udostępniającego zasoby. W ocenie Izby argumentacja, iż całość dokumentacji złożonej w przedmiotowym postępowaniu

42

przez Konsorcjum pozwala na nie budzące wątpliwości stwierdzenie, że podmiot określony w referencjach jako „Arup” jest tożsamy z Ove Arup & Partners International Limited nie może być uznana za przekonywującą. Powyższe stwierdzenie znajduje bowiem potwierdzenie w wykazie wykonanych zamówień stanowiącym oświadczenie wykonawcy oraz zobowiązaniu podpisanym przez Ove Arup & Partners International Limited, a zatem podmiotów bezpośrednio lub pośrednio zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Brak jest natomiast jednoznacznego potwierdzenia tej okoliczności w dokumencie pozyskanym od podmiotu trzeciego. Uwzględniając zatem w szczególności brak precyzji w treści referencji co do określenia wykonawcy zamówienia, charakter działalności podmiotu udostępniającego zasoby obejmujący różne kraje, brak wiedzy o zasadach wykonywania tej działalności (sam Przystępujący przyznał, iż nie posiada wiedzy czy działalność prowadzona jest przez jeden podmiot czy też wiele odrębnych, powiązanych ze sobą), fakt realizacji zamówienia w Kanadzie – wszystkie te okoliczności powinny były skłonić Zamawiającego do zainicjowania procedury wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie może w tym zakresie zasłaniać się zasadą zaufania do oświadczeń przedkładanych przez wykonawców oraz brakiem normatywnych wymogów co do treści referencji, ponieważ jest on zobowiązany do rzetelnej i wnikliwej weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec wszystkich wykonawców na zasadach równości. Tym samym brak możliwości jednoznacznego zidentyfikowania tożsamości podmiotu wskazanego w referencjach i wykazie (oraz zobowiązaniu) stanowi wystarczającą podstawę wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Przywoływany wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 90/07), w którym Izba stwierdziła, że „*brak jest podstaw do podważenia referencji z tego powodu, że w ich treści podano nazwę wykonawcy F. czy PHU F., gdy w istocie nazwa wykonawcy brzmi*

PHU „F.” Sp. z o.o., jeżeli z innych danych wynikających z referencji czy wykazu wykonanych dostaw, w sposób niewątpliwy wynika, że kwestionowany dokument dotyczący wskazanego wykonawcy” jest o tyle nieadekwatny, gdyż dane zawarte w referencjach w istocie nie pozwalają na przypisanie wskazanej tam nazwy podmiotowi udostępniającemu zasoby. Niewłaściwe i przedwczesne jest natomiast żądanie Odwołującego wykluczenia Konsorcjum z postępowania, jako że w razie powzięcia podobnych wątpliwości przez Zamawiającego, winien on obligatoryjnie zastosować przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia wątpliwości. Dopiero potwierdzenie tych okoliczności czy też brak stosownej reakcji wykonawcy pozwala na uznanie, iż zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Zamawiający winien zatem wystąpić do Konsorcjum o przedstawienie wyjaśnień w powyższym zakresie.

Podobny zarzut, jak się wydaje, dotyczy także dokumentu przedłożonego przez Konsorcjum w zakresie zadania „Roads Service DFBO Package 1 – Westlink”, jednak, w

43

ocenie Izby, należy uznać, iż przedkładając wraz z pismem z dnia 27 czerwca 2011 r. nowy wykaz wykonanych zamówień oraz poprzez zaniechanie wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego pismem z dnia 15 czerwca 2011 r. odnośnie powyższego zadania (jego należytego wykonania) nie może być ono brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

5) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, pomimo iż żadna z referencji przedłożonych przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited, także po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazuje w swojej treści jednoznacznie, że wykonawca wykonał swoje zobowiązanie należyście i terminowo; Zarzut Izba uznała za niezasadny. Zdaniem Izby treść referencji z dnia 9 kwietnia 2010 r. dotyczących zamówienia „A30 Autoroute PPP Scheme” w wystarczający sposób potwierdza jego należyte wykonanie w odniesieniu do prac projektowych. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów wraz z ofertą należy przedłożyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należyście. Takie samo stwierdzenie zawarto w pkt V.2.2 SIWZ. Izba podziela stanowisko wynikające z przywoływanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 1013/11, gdzie stwierdzono: „Dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należyście. Istotne jest bowiem, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac. Tak więc każdorazowo oceniając treść przedłożonego dokumentu analizie należy poddać użyte w nim słownictwo.” W tłumaczeniu kwestionowanego listu referencyjnego (bo tak zatytułowany jest dokument) znajduje się sformułowanie: „Nasze doświadczenia z współpracy z Arup, są takie iż przygotowali projekt dobrej jakości w przewidywanym czasie, i nie wahałbym się zarekomendować ich jako projektanta przy podobnych projektach”, które, zdaniem Izby, w wystarczający sposób potwierdza należyte wykonanie zamówienia. Sformułowanie „projekt dobrej jakości”, przygotowany „w przewidywanym czasie” oraz rekomendacja jako wykonawcy stanowi niewątpliwie pozytywną ocenę pracy wykonawcy potwierdzającą prawidłowość i rzetelność wykonania przez niego zamówienia. Dokument referencji nie musi zawierać sformułowania, że poprzednie zamówienia zostały wykonane należyście. Może potwierdzać ten fakt pośrednio. Np. „Nazwa pisma „list referencyjny” jako polecenie kogoś, świadectwo o kimś stanowi pozytywne określenie. (...) Niezależnie od powyższego w listach referencyjnych na (...) wystawcy listów użyli określenia, że „z przyjemnością potwierdzamy dostawę ...”, co oznacza wyrażenie pozytywnej reakcji na dokonaną dostawę. Trudno jest zatem uznać, że

44

take sformułowania nie potwierdzają należytego wykonania dostawy, zwłaszcza, że w świetle art. 355 Kc staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju jest należyłą starannością” (wyrok ZA z dnia 17 maja 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1331/06). Zdaniem Izby nieprzekonywujący jest także argument, iż brak potwierdzenia wykonania usługi wywodzić należy ze sformułowania „prace budowlane trwają”. Powyższe, jak i

pozostałe postanowienia listu referencyjnego, wskazują bowiem na ukończenie etapu prac projektowych, skoro wykonywane są roboty budowlane. Bez wątplenia zatem z treści referencji złożonych przez Konsorcjum taka prawidłowość wykonania usługi wynika.

6) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez

Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, pomimo iż referencje przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe, po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do rzekomego doświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited w zakresie zadania „A30 Autoroute PPP Scheme” nie zawierają informacji potwierdzających spełnienie wymogu wartości prac w zakresie rzekomo wykonanych prac projektowych

Odwolujący zarzucał, iż w treści referencji brak jest wskazania wartości prac projektowych wymienionych w wykazie wykonanych zamówień. Kwota 129.000.000 PLN, jaka została tam określona, nie wynika z treści listu referencyjnego, a z uwagi na jej wysokość budzi wątpliwości, nie podano również sposobu jej wyliczenia, choć Zamawiający w SIWZ określił zasady przeliczania wartości zamówienia wyrażonego w innej walucie niż PLN. Powyższe nie pozwala zatem zweryfikować spełnienia warunku udziału w postępowaniu ustanawiającego minimalną wartość prac projektowych określonego na minimum 1.500.000 PLN. Zdaniem Izby zarzut powyższy uznać można za zasadny. Istotnie brak jest możliwości weryfikacji wartości podanej w wykazie wykonanych zamówień w oparciu o dane wynikające z oferty. Zamawiający w SIWZ w rozdziale IV pkt 3 ppkt 1 w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał: *„Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwie usługi, odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał minimum dwie usługi opracowania dokumentacji projektowej branży drogowej (w ramach dwóch odrębnych umów) o wartości minimum 1.500.000 PLN (milion pięćset tysięcy PLN) brutto każda oraz każda o zakresie co najmniej: drogi klasy G, długości 10 km, o przekroju dwujezdniowym i dwóch pasach ruchu na każdej z jezdni. W przypadku usług, których wartość została wyrażona w umowie w innej walucie niż PLN należy dokonać przeliczenia tej waluty na PLN przy zastosowaniu średniego kursu NBP*

45

na dzień zakończenia usługi (w przypadku usług rozliczanych wyłącznie w walutach innych niż PLN).”

Referencje wyraźnie wskazują, iż zakres prac obejmował nie tylko wykonanie usług projektowych, lecz również nadzór budowlany. W treści wykazu wykonanych zamówień nie dokonano podziału rodzajowego i wartościowego usług. Brak jest również przeliczenia wartości prac na PLN, pomimo sformułowania takiego wymogu w SIWZ. Równocześnie nie określono ani waluty kontraktu ani szczegółowej daty zakończenia realizacji usług projektowych, co nie pozwala na weryfikację podanych informacji przez Zamawiającego. Oczywiście, uwzględniając choćby podany w referencjach zakres i rodzaj wykonanych prac (tj. projektowanie i nadzór 42 km autostrady, 32 mostów i tunelu pod kanałem Soulanges), w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, iż wymóg wartościowy został spełniony, jednak równocześnie zasady obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uniemożliwiają opieranie się na przypuszczeniach. Stąd z formalnego punktu widzenia zasadnym jest uzyskanie w tym zakresie wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i Zamawiający zobligowany jest o powyższe wyjaśnienia wystąpić.

7) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez

Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, jako że Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe nie przedłożyło, mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp referencji potwierdzających spełnienie wymogów określonych w Rozdziale IV („Warunki udziału w postępowaniu”) pkt 3 ppkt 1 SIWZ, a to tak wobec kwestii wskazanych w lit. 4) - 6) powyżej jak również wobec faktu, że z referencji w zakresie wykonania usługi wykazanej w Załączniku nr 4 do oferty Konsorcjum pn „Opracowanie dokumentacji projektowej rozbudowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów - granica województwa świętokrzyskiego małopolskiego”, wystawionych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, wynika, że zakres tej usługi nie odpowiada

swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, gdyż w zakresie prac projektowych zadeklarowana usługa obejmowała wykonanie jedynie koncepcji programowej, a nie opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej;

Izba powyższy zarzut uznała za niezasadny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, warunek udziału w postępowaniu i ocenę jego spełniania należy interpretować w oparciu o treść warunku. Wykonawca, sporządzając ofertę, opiera się na sformułowaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku zawartym w SIWZ. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wyrazem zachowania tych zasad przez Zamawiającego jest m.in. precyzyjne

46

i nie budzące wątpliwości sporządzenie SIWZ. Dorobek orzecznictwa w tym zakresie jest bardzo bogaty, a stanowisko sądów orzekających i doktryny jednoznaczne. Np. stosownie do wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 28 maja 2007 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-598/07 „*postanowienia specyfikacji muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców*”. W podobny sposób wypowiedział się również Zespół Arbitrów w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-817/05, orzekając wprost, że „*wykonawcy postanowień nie mogą ponosić*

negatywnych skutków w zakresie niejednoznacznych specyfikacji”. Według Zespołu Arbitrów (wyrok z 24 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-442/07) SIWZ jest podstawowym dokumentem określającym warunki udziału w postępowaniu, warunki, na jakich należy złożyć ofertę w tym postępowaniu oraz według jakich zasad będą dokonywane badanie i ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Postanowienia w niej zawarte powinny być jasne, zrozumiałe i jednoznaczne oraz zgodne z podstawowymi zasadami ustawy Pzp, a w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. SIWZ ma chronić interes Zamawiającego i gwarantować mu, że otrzyma dobro, które rzeczywiście było przedmiotem zamówienia. SIWZ ma chronić jednak również interes prawny wykonawcy, że jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia SIWZ muszą być precyzyjne, jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 29 stycznia 2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 48/09 „*to na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień specyfikacji, fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mogłyby być poczytany na niekorzyść odwołującego i nie mogłyby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty*”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19 października 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1242/09 „*Obowiązkiem zamawiającego jest określenie w SIWZ precyzyjnych, czytelnych wymogów co do wszystkich parametrów, których spełnienia oczekuje w ofercie, a zaniechanie zamawiającego w tym zakresie nie może pociągać negatywnych skutków po stronie wykonawców*”. Należy zatem podkreślić, iż dla oceny ofert wykonawców, w tym zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu istotne znaczenie ma zatem nie to, co Zamawiający chciał czy zamierzał wyrazić, lecz to co rzeczywiście wyraził, formułując postanowienia SIWZ. Warto w tym zakresie przytoczyć wyrok KIO z dnia 4 maja 2011 r. sygn. akt KIO 817/11, w którym stwierdzono m.in.: „*Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje doprowadzić może do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych wskazanymi w treści art. 7 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Ustawodawca jasno określił co powinna zawierać specyfikacja, w której to*

47

Zamawiający powinien wskazać wykonawcom zasady, kryteria które będą stosowane przy ocenie złożonych ofert. Zasada przejrzystości postępowania ma służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość złożenia oferty w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ, ale także będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, iż Zamawiający w treści SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia postawił następujący wymóg:

„O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) posiadania wiedzy i doświadczenia:

- Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwie usługi, odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał minimum dwie usługi opracowania dokumentacji projektowej branży drogowej (w ramach dwóch odrębnych umów) o wartości minimum 1.500.000 PLN (milion pięćset tysięcy PLN) brutto każda oraz każda o zakresie co najmniej: drogi klasy G, długości 10 km, o przekroju dwujezdniowym i dwóch pasach ruchu na każdej z jezdni.*

W przypadku usług, których wartość została wyrażona w umowie w innej walucie niż PLN należy dokonać przeliczenia tej waluty na PLN przy zastosowaniu średniego kursu NBP na dzień zakończenia usługi (w przypadku usług rozliczanych wyłącznie w walutach innych niż PLN).”

Sposób określenia warunku zakładał zatem konieczność wykazania się wykonaniem dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, przy czym za takie usługi uznać należy usługi opracowania dokumentacji projektowej branży drogowej o określonej minimalnej wartości (1.500.000 PLN) oraz wskazanym zakresie (co najmniej: drogi klasy G, długości 10 km, o przekroju dwujezdniowym i dwóch pasach ruchu na każdej z jezdni). Równocześnie w treści SIWZ Zamawiający nie zawarł definicji „dokumentacji projektowej branży drogowej”, ani nie wskazał typu dokumentacji projektowej, jakiej wykonania oczekuje, aby uznać warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia za spełniony. Dopiero w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 15 czerwca 2011 r. odwołał się na potrzeby interpretacji warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia do postanowienia § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego

48

zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalnego, zgodnie z którym dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;
- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5;
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6;
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Zdaniem Izby powyższe nie oznacza, iż istnieje tylko jedna definicja legalna pojęcia „dokumentacji projektowej” i dla wykonawców jednoznaczny był wymagany przez Zamawiającego zakres zamówienia wykazywanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazuje ona jedynie na zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, przy czym zgodnie z § 3 tegoż rozporządzenia zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający, biorąc pod uwagę tryb udzielenia zamówienia publicznego oraz wymagania dotyczące postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych wynikające z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Należy bowiem podkreślić, iż sformułowanie „dokumentacja projektowa branży drogowej” użyte zostało w postanowieniu SIWZ dotyczącym warunku udziału w postępowaniu, a nie opisie przedmiotu zamówienia. Na brak jednolitości w użyciu pojęcia „dokumentacja projektowa” wskazuje także opis przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu, który wskazuje, iż:

„1. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej - Budowa

Regionalnej Drogi Racibórz - Pszczyna w skład której wchodzi:

- 1) aktualizacja podkładów geodezyjnych do celów projektowych wraz z pomiarami sytuacyjno-wysokościowymi,*
- 2) wykonanie badań geotechnicznych wraz z określeniem warunków gruntowo-wodnych podłoża gruntowego oraz nośności nawierzchni (odwierty należy wykonać*

- w odległości nie większej niż 100m od poprzedniego miejsca, w sytuacjach zmiany własności gruntów odwierty wykonać w odległości nie większej niż 50 metrów,
- 3) inwentaryzacja zieleni przeznaczonej do likwidacji oraz zieleni znajdującej się w zakresie opracowania,
- 4) koncepcja układu drogowego oraz organizacji ruchu zawierająca w szczególności:
- a) warianty przebiegu drogi (minimum 3 warianty), Zamawiający na etapie projektowania oczekuje przedstawienia wariantów skomunikowania istniejącego układu komunikacyjnego przeciętego przez projektowaną drogę GP, oraz po akceptacji zaprojektowania jednego z wybranych wariantów,

49

- b) rozwiązania organizacyjno – ruchowe w punktach węzłowych oraz na przecięciach z innymi drogami (minimum 3 warianty), Zamawiający nie dopuszcza możliwości przerywania dróg powiatowych i wyższych kategorii,
 - c) wyniki pomiarów ruchu dla Miasta Rybnika uwzględniające ruch tranzytowy (aktualizacja pomiarów z lat 2004 ÷ 2007) wraz z aktualizacją prognozy ruchu dla Miasta Rybnika,
 - d) mikrosymulację ruchu drogowego wykonaną (przy wykorzystaniu współczesnych narzędzi inżynierii ruchu) na podstawie wykonanych wyników pomiaru ruchu i prognozy ruchu prezentującą kompleksowo funkcjonowanie poszczególnych wariantowych rozwiązań punktów węzłowych,
 - e) propozycje rozwiązań technicznych w zakresie kanalizacji deszczowej, oświetlenia drogowego, kanalizacji teletechnicznej (budowa 4-ro otworowej kanalizacji teletechnicznej średnicy minimum 100mm – rury układane we wspólnym wykopie wzdłuż nowej drogi z przeznaczeniem dla miejskiej sieci szerokopasmowej),
 - f) zestawienie ilościowe budynków i budowli podlegających rozbiórce (z podziałem na etapy i warianty przebiegu drogi),
 - g) skala opracowania koncepcji 1 : 1000,
- 5) uzyskanie pozwolenia wodno-prawnego,
- 6) uzyskanie decyzji środowiskowej,
- 7) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych dla każdej z branż,
- 8) podziały nieruchomości dla ETAPU I ÷ IV,
- 9) wykonanie linii rozgraniczających dla ETAPU I ÷ V,
- 10) sporządzenie kosztorysów inwestorskich oraz przedmiarów na podstawie KNR (osobno dla każdej z branż), zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004r. , nr 130, poz. 1389),
- 11) projekt budowlany,
- 12) projekt wykonawczy,
- 13) uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (z rygorem natychmiastowej wykonalności) wydanej na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczegółowych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych oraz wszelkich niezbędnych pozwoleń, uzgodnień i opinii koniecznych do jej uzyskania. Decyzję należy uzyskać odrębnie dla Etapu I, II, III

50

- oraz IV, zaś dla pozostałych etapów należy uzyskać wszelkie uzgodnienia i opinie konieczne dla jej uzyskania,
- 14) projekt docelowej organizacji ruchu wraz z jego zatwierdzeniem,
- 15) inwentaryzacja stanu istniejącego nieruchomości zgodnie z art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami dla Etapu I ÷ IV,
- 16) studium wykonalności dla planowanej inwestycji dla ETAPU II ÷ V,
- 17) sporządzenie harmonogramu realizacji zadania uwzględniającego następujące założenia:
- a) zadanie będzie realizowane w etapach:

*Etap I – odcinek drogi na terenie miasta śory,
Etap II – odcinek drogi od granicy z m. śory do węzła gotartowickiego wraz z węzłem,
Etap III – odcinek od węzła gotartowickiego do węzła chwałowickiego wraz z węzłem,
Etap IV – odcinek od węzła chwałowickiego do węzła wodzisławskiego wraz z węzłem,
Etap V – odcinek od węzła wodzisławskiego do skrzyżowania z ul. Sportową wraz ze skrzyżowaniem*

b) każdy z etapów możliwy będzie do zrealizowania i oddania do ruchu przy jednej z wybudowanych jezdni oraz węzłach w parametrach docelowych. (co należy przewidzieć opracowując kosztorysy z rozdziałem osobno na wariant z jedną jezdnią i osobno z dwoma jezdniami)."

Powyższe oznacza, iż w samej treści SIWZ Zamawiający posługiwał się pojęciem dokumentacji projektowej w dużo szerszym zakresie niż wynika to z przywoływanego przez Zamawiającego § 4 ust. 1 rozporządzenia, obejmując tym pojęciem także inne opracowania niż tylko projekt budowlany czy wykonawczy, na które to elementy wskazuje Odwołujący. Zdaniem Izby zatem uzasadnionym jest przyjęcie, iż w opisie przedmiotu zamówienia pojęciem dokumentacji projektowej Zamawiający objął różne opracowania projektowe wykonywane na potrzeby realizacji zadań w branży drogowej. Niewątpliwie koncepcja programowa stanowi rodzaj dokumentacji projektowej branży drogowej. Ponadto Zamawiający nie ustanowił minimalnego zakresu wymaganej dokumentacji. Twierdzenie Odwołującego, iż należało wykazać się projektem budowlanym i wykonawczym (czy też wykonaniem kompletnej dokumentacji projektowej) jest tylko jego stanowiskiem, ponieważ Zamawiający nie sprecyzował takiego zakresu, zaś przedmiot zamówienia w Postępowaniu jest znacznie szerszy. Skoro zatem Zamawiający nie sprecyzował pojęcia dokumentacji

51

projektowej, jakim posłużył się w treści warunku wiedzy i doświadczenia, nie określił jego minimalnego zakresu, a opracowanie projektowe w postaci studium koncepcji programowej, jakim wykazał się Przystępujący, mieści się w zakresie rodzajowym zamówienia (prace projektowe w branży drogowej), a także w zakresie przedmiotu zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem ujęta była koncepcja układu drogowego oraz organizacji ruchu odpowiadająca rodzajowo wykazanemu doświadczeniu, w świetle brzmienia SIWZ, nie sposób uznać, iż zamówienie wykazane przez Przystępującego „Opracowanie dokumentacji projektowej rozbudowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów - granica województwa świętokrzyskiego małopolskiego” nie jest zgodne z wymaganiem Zamawiającego.

8) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, jako że przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited, w którym spółka Ove Arup & Partners International Limited „informuje, że będzie brała udział w realizacji zamówienia” w zakresie „studium wykonalności wraz z analizami ekonomicznymi i finansowymi” oraz „analizy i prognozy ruchu wraz z raportem” pozostaje w sprzeczności z treścią oferty złożonej przez Konsorcjum, tj. z treścią Załącznika nr 1 - Formularz Oferty pkt 4, ppkt 4, gdzie wskazano, iż podwykonawcy będą wykonywać część zamówienia jedynie w zakresie „geodezji”, „geologii” oraz „ochrony środowiska”, a zatem nie stanowi dowodu na udział tego podmiotu w realizacji zamówienia i nie stanowi skutecznej podstawy do powołania się na wiedzę i doświadczenie w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższe twierdzenie jest nieuprawnione. W myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp podstawowym sposobem udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, jest pisemne zobowiązanie danego podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Takie oświadczenie Ove Arup & Partners International Limited zostało złożone przez Konsorcjum WBP Zabrze PxM-Projekt-Południe i wynika z niego również uczestnictwo w wykonaniu zamówienia. Na konieczność wykazania w treści zobowiązania uczestnictwa w realizacji zamówienia

wskazywał również Zamawiający w wezwaniu z dnia 15 czerwca 2011 r. i wykonawca – Konsorcjum uczyniło temu wezwaniu zadość. Natomiast oświadczenie w sprawie podwykonawstwa jest odrębnym oświadczeniem, składanym przez wykonawcę, a nie podmiot trzeci udostępniający zasób, w innym celu. Odwołujący nie kwestionuje zresztą wprost wiarygodności powyższego zobowiązania, lecz uzasadnia swoje stanowisko wyłącznie brakiem ścisłego powiązania pomiędzy treścią oświadczenia o podwykonawstwie

52

a zakresem uczestnictwa w realizacji zamówienia powołanym w zobowiązaniu. Należy wskazać, iż w treści zobowiązania nie powołano się jednoznacznie na podwykonawstwo. Wprawdzie Odwołujący odwoływał się do tego pojęcia, ale w istocie treść zobowiązania oraz jego otwarty charakter (wskazano, iż udział podmiotu trzeciego obejmuje wskazany tam zakres „w tym m.in.”) pozostawia możliwość poszerzenia współpracy i uczestnictwa w realizacji zamówienia, bez przesądzania formuły, w jakiej zostanie to dokonane (rodzaj umowy). Równocześnie nie sposób uznać, aby w przypadku usług objętych przedmiotem zamówienia tylko podwykonawstwo w ścisłym tego słowa znaczeniu uzasadniało przyjęcie, iż nastąpiło udostępnienie zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba zauważyła, iż analogiczny zarzut postawić można by ofercie Odwołującego, gdzie w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wskazano w sposób bardzo ogólny na konsultacje dotyczące opracowania dokumentacji projektowej w zakresie umowy podwykonawczej (str. 16 oferty), nie precyzując jednoznacznie przedmiotu tych konsultacji czy też ich formuły, natomiast zakres podwykonawstwa określony został analogicznie jak u Przystępującego.

9) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, jako że przedłożone przez Konsorcjum oświadczenie złożone przez członka organu zarządzającego spółki Ove Arup & Partners International Limited Philipa Grahama D. nie spełnia wymogów określonych w Rozdziale V („Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu”) punkt 4 SIWZ, gdyż zgodnie z adnotacją tłumacza przysięgłego tłumaczenie tegoż dokumentu zostało wykonane w dniu 31 stycznia 2010 r., a zatem dokument ten musiał zostać zgodnie z tą adnotacją sporządzony wcześniej

Zarzut powyższy Izba uznała za niezasadny. Należy podzielić stanowisko, iż zarzut ten Odwołujący oparł nie na treści samego oświadczenia o niekaralności z dnia 21 stycznia 2011 r. złożonego przez członka organu zarządzającego spółki Ove Arup & Partners International Limited Philipa Grahama D. przed notariuszem Davidem Noelem L. F. w Londynie (numer protokołu 29/2011), lecz jedynie na dacie sporządzenia tłumaczenia, która w sposób oczywisty stanowi omyłkę pisarską. Odwołujący nie odwołuje się do oryginału dokumentu i podanej tam daty, ani nawet do daty oświadczenia wynikającej z tłumaczenia. Swoją argumentację opiera jedynie na adnotacji tłumacza, iż tłumaczenie sporządzono 31 stycznia 2010 r., pomijając równocześnie numer repertorium tłumacza - 11/2011 oraz numer protokołu notarialnego - 29/2011. Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, jednoznacznie wskazują na oczywistą omyłkę pisarską tłumacza w dacie sporządzenia tłumaczenia. Brak jest zatem podstaw do uznania nieprawidłowości w dacie samego oświadczenia. Nie ma

53

również potrzeby uzupełniania powyższego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako że przedmiotowa nieścisłość ma charakter wyłącznie formalny i jest oczywista w świetle pozostałej treści dokumentu.

10) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, jako że przedłożone przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenia o udostępnieniu wykonawcom wiedzy i doświadczenia złożone w imieniu spółki Ove Arup & Partners International Limited są podpisane jedynie jednoosobowo przez osobę reprezentującą przedsiębiorcę w Oddziale w Polsce, mimo iż wiedza i doświadczenie nie wiążą się w żaden sposób z działalnością Oddziału w Polsce

Odwołujący, podnosząc powyższy zarzut, argumentował, iż przedłożone przez

Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe oświadczenia o udostępnieniu wykonawcom wiedzy i doświadczenia złożone w imieniu spółki Ove Arup & Partners International Limited są podpisane jedynie jednoosobowo przez osobę reprezentującą przedsiębiorcę w Oddziale w Polsce, mimo iż wiedza i doświadczenie nie wiążą się w żaden sposób z działalnością Oddziału w Polsce. Zdaniem Odwołującego, należy uznać, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i to mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko jest zdaniem Izby niezasadne. Izba zważyła, że Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii prowadzi w Polsce działalność gospodarczą w formie oddziału. Zgodnie z odpisem z KRS Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, zawartym w ofercie Przystępującego, jako osobę upoważnioną do reprezentowania spółki w oddziale wskazano Panów Jana Z. i Andrzeja S.. Zgodnie z art. 85 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 173, poz. 1807, z późn. zm.) (dalej „USDG”), 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 USDG 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 USDG przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Całość uregulowań USDG wskazuje, iż ustawa ta nie przyznaje i nie statuuje jakiegokolwiek działalności własnej oddziału, ale w świetle jej przepisów cały czas mamy do czynienia z działalnością przedsiębiorcy zagranicznego wykonywaną za pomocą swojego oddziału. Ponadto oddział nie ma żadnych

54

własnych organów, zaś wykonawca zagraniczny jedynie ustanawia i uwidacznia w KRS osobę uprawnioną do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale. Oddział posiada pewną samodzielność organizacyjną, natomiast nie prowadzi działalności we własnym imieniu i na własny rachunek, ponieważ nie ma podmiotowości w stosunkach gospodarczych. Tym samym każde działanie i każde oświadczenie woli oznaczone jako działanie oddziału przedsiębiorcy zagranicznego dokonane przez osoby prawidłowo umocowane do reprezentowania przedsiębiorcy w oddziale uznać należy za oświadczenie przedsiębiorcy wywierające wszystkie skutki prawne bezpośrednio w odniesieniu do tego przedsiębiorcy. Analogiczne stanowisko wynika z wyroku KIO z dnia 27 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 163/09, 164/09, wyroku KIO z dnia 8 września 2010 r. sygn. akt KIO 1820/10. W świetle powyższego należało uznać, że Pan Jan Z. oraz Pan Andrzej S., osoby wskazane w KRS jako uprawnione do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale, byli uprawnieni do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia Ove Arup & Partners International Limited. Ponadto na potwierdzenie posiadania stosownego upoważnienia do reprezentowania Ove Arup & Partners International Limited przy czynnościach dokonanych w przedmiotowym Postępowaniu, przedłożone zostało wraz z przystąpieniem pełnomocnictwo z dnia 17 sierpnia 2010 r., z którego jednoznacznie wynika prawidłowość działania osób ustanowionych w oddziale do reprezentacji przedsiębiorcy zagranicznego w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie sposób uznać za uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz jedynie potwierdzenie umocowania do reprezentacji, które i tak wynikało z odpisu z KRS. Na marginesie Izba stwierdza, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymieniając „zobowiązanie” jako dokument, który „w szczególności” może być złożony w celu udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS. Takiej podstawy nie dają także przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, które przewiduje, iż jedynie w przypadkach określonych w § 1 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby w zakresie tam wskazanym na wykazanie braku podstaw do wykluczenia. Powyższe zdaniem Izby, oznacza, iż, w świetle

przedstawionych powyżej regulacji, zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub SIWZ, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie w celu wykazania zasad ich reprezentacji, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia w sprawie

55

dokumentów. Nie będzie on także uprawniony do żądania uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast nie jest to równoznaczne z koniecznością zaakceptowania jakiegokolwiek dokumentu przedłożonego przez wykonawcę, także takiego, który budzi lub winien budzić wątpliwości zamawiającego co do jego skuteczności. Wskazuje na to wykładnia gramatyczna, systemowa i funkcjonalna art. 26 ust. 2b oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Zamawiający ma w opinii Izby uprawnienie do weryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem udowodnienie dysponowania zasobem, a o takim udowodnieniu można mówić tylko wówczas, gdy zobowiązanie do udostępnienia (o ile taki dokument jest przedkładany na potwierdzenie dysponowania zasobami) jest prawnie skuteczne i wiążące. W takiej sytuacji zamawiający jest jednak zobowiązany do zastosowania procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie zaś wezwania w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

11) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie przez Zamawiającego Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z Postępowania, mimo iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik Postępowania, w treści pisma z dnia 21 czerwca 2011 r., w którym to piśmie zwróciło się o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazywał, iż Konsorcjum winno podlegać wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, ponieważ złożyło nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik Postępowania w treści pisma z dnia 21 czerwca 2011 r. W piśmie tym zwrócono się o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego do dnia 30 czerwca 2011 r., twierdząc, że „wezwanie jest związane z naszym podwykonawcą tj. firmą Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, co powoduje, że pełne merytoryczne wyjaśnienie wątpliwości wymaga pokonania pewnych trudności natury logistycznej”, podczas gdy zgodnie z pismem Konsorcjum z dnia 27 czerwca 2011 r. (złożonym w przedłużonym przez Zamawiającego na podstawie prośby wykonawców terminie) przedłożono nowe oświadczenie spółki Ove Arup & Partners International Limited datowane na dzień 13 maja 2011 r. i wystawione w Warszawie oraz referencje i Załącznik nr 4 do oferty uwzględniające rzekome wykonanie usługi, którą wymieniono w tymże oświadczeniu z dnia 13 maja 2011 r. Odwołujący podnosił, iż w konsekwencji należy uznać, iż wykonawcy już w chwili kierowania prośby o przedłużenie terminu na przedłożenie wyjaśnień dysponowali, lub przy dołożeniu staranności winni byli dysponować, wszelkimi dokumentami niezbędnymi do wykonania wezwania skierowanego przez Zamawiającego. Tym samym informacje podane przez wykonawców w piśmie z dnia 21 czerwca 2011 r. w zakresie uzasadnienia prośby o przedłużenie terminu należy uznać za informacje nieprawdziwe, przy czym ich złożenie miało wpływ na wynik prowadzonego

56

Postępowania.

Izba uznała w tym zakresie argumentację, iż sama data czy miejsce wystawienia dokumentu, który następnie został przedłożony, nie świadczy, iż istniała możliwość zadośćuczynienia wezwaniu lub że w rzeczywistości nie istniały problemy natury logistycznej, na które wykonawca się powoływał. Zakres wezwania niewątpliwie dotyczył wyjaśnień odnoszących się do usługi, której wykonawcą był podmiot trzeci udostępniający zasoby – Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii. Natomiast gdyby wyjaśnienia potwierdziły wątpliwości Zamawiającego, wzywał on zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia nowego dokumentu, że wykazana usługa została wykonana należycie, a w przypadku braku takiego dokumentu do uzupełnienia wykazu innych wykonanych zamówień na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 4 do SIWZ wraz z dokumentami, iż zostały one wykonane należycie. Tym samym po otrzymaniu powyższego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasadnym było, aby Przystępujący, chcąc utrzymać swój status w Postępowaniu, tak jak wskazywał w przystąpieniu, działał

dwutorowo: z jednej strony starał się wyjaśnić wątpliwości wskazane w wezwaniu Zamawiającego dotyczące wykazanego zamówienia, a z drugiej wykazać posiadanie wymaganego doświadczenia z powołaniem się na inną usługę tego podmiotu, która również została oddana mu do dyspozycji. Powyższe niewątpliwie znajduje uzasadnienie w racjonalnym działaniu wykonawcy. Tym samym, brak jest podstaw, tylko w oparciu o datę i miejsce złożenia oświadczenia, do przyjęcia, iż powyższych czynności – tj. wyjaśnienia wątpliwości - mógł dokonać w pierwotnie wskazanym czasie. Takiego dowodu Odwołujący nie przedstawił. W ocenie Izby stwierdzenie zawarte w przystąpieniu, iż Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe dysponowało już uprzednio doświadczeniem Ove Arup & Partners International Limited polegającym na wykonaniu usługi dla zadania „A30 Autoroute PPP Scheme”, co potwierdza data złożenia oświadczenia podmiotu trzeciego, zatem również w pierwotnie wskazanym terminie (22 czerwca 2011 r.) był w stanie potwierdzić spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu, nie świadczy o podaniu nieprawdziwej informacji. Wniosek dotyczył bowiem kwestii wyjaśnienia wątpliwości dotyczącej już poprzednio wykazanego doświadczenia. Stanowi to, zdaniem Izby, jedynie argumentację mającą na celu obalenie tezy Odwołującego o zaistnieniu przesłanki wykluczenia wykonawcy ze względu na przedłożenie nieprawdziwych informacji. Powyższe pozostaje zresztą w zgodzie z interesem tego wykonawcy mającym na celu utrzymanie statusu w Postępowaniu i potwierdzenie spełnienia warunku, w szczególności w sytuacji, gdy Zamawiający równocześnie kwestionował usługę wykazaną w pkt 1 wykazu zrealizowanych zamówień.

12) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przedłużenie przez Zamawiającego terminu uzupełnienia dokumentów do dnia 28 czerwca 2011 r. w

57

stosunku do Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe z naruszeniem nakazu równego traktowania wykonawców w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie. Niewątpliwie można by uznać go za zasadny, gdyby Zamawiający nie przedłużył terminu na uzupełnienie dokumentów innemu wykonawcy, który o to wystąpił. Jednak w niniejszym postępowaniu sytuacja taka nie miała miejsca. Wykonawca, który nie jest w stanie wykonać wezwania Zamawiającego w wymaganym terminie, ma prawo skierować wniosek o jego przedłużenie, a jeśli tego nie czyni, należy uznać, iż określony przez Zamawiającego termin uznaje za wystarczający dla zadośćuczynienia wezwaniu. Oczywiście Zamawiający może to uczynić samodzielnie, jednak brak przedłużenia terminu niejako „z urzędu” wobec pozostałych wykonawców, którzy nie zgłaszają takowego wniosku, nie może uzasadniać przypisania Zamawiającemu naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania, w tym zasady równości i zachowania uczciwej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto z analizy dokumentacji postępowania nie wynika, aby powyższe miało jakikolwiek wpływ na wynik Postępowania w tym znaczeniu, aby którykolwiek z pozostałych wykonawców został wykluczony z powołaniem się na przyczynę, iż nie przedłożył w wymaganym terminie żądanych dokumentów. Zamawiający odrzucił oferty dwóch wykonawców: jednego w związku z niespełnieniem przez niego wymogów SWIZ w zakresie terminu wykonania zamówienia oraz drugiego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na nieprzedstawienie prawidłowych dokumentów dotyczących podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powoływał na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

13) zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaakceptowanie zmiany dokumentów już raz uzupełnionych przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe za pismem wykonawców z dnia 21 czerwca 2011 r. w zakresie oświadczenia spółki Ove Arup & Partners International Limited o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia zmienionego nowym oświadczeniem spółki Ove Arup & Partners International Limited przedłożonym za pismem wykonawców z dnia 27 czerwca 2011 r.

W powyższym zakresie uznać należy zasadność argumentacji Przystępującego i Zamawiającego, iż, formułując zarzut, Odwołujący pominął okoliczność, że ponowne złożenie oświadczenia Ove Arup & Partners International Limited nastąpiło w odpowiedzi na to samo wezwanie Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2011 r. i w terminie przez niego

Pzp nie wynika zakaz składania nowych dokumentów na tę samą okoliczność, jeżeli nie wiąże się to z ponowionym wezwaniem ze strony Zamawiającego. Natomiast twierdzenie Przystępującego, iż dokumenty złożone w odpowiedzi na to samo wezwanie uzupełniają się, a nie wykluczają wymaga pewnej korekty. Zdaniem Izby niewątpliwie przedłożenie przez Konsorcjum WBP Zabrze-PxM-Projekt-Południe nowego Załącznika nr 4 zawierającego zmieniony wykaz wykonanych zamówień, przy równoczesnym braku złożenia wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego odnośnie dokumentu potwierdzającego, że wskazana w pierwotnym Wykazie usługa dotycząca opracowania dokumentacji projektowej pn. „Roads service DBFO Package 1 –Westlink” została wykonana należycie oznacza, iż usługa ta nie może obecnie stanowić podstawy do oceny spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

14) zarzut naruszenia art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

W świetle powyższych ustaleń Izby zarzut naruszenia powołanych przepisów ustawy Pzp uznać należy za niezasadny bądź przedwczesny. Formułując znaczącą część zarzutów, Odwołujący pomija bowiem zupełnie obowiązek Zamawiającego zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp. Izba uznała, iż w świetle okoliczności niniejszej sprawy uzasadnionym jest jedynie wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w pkt 4 i 6 niniejszego uzasadnienia. Dopiero brak wyczerpujących wyjaśnień może wiązać się z wykluczeniem Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Izba nie uznała natomiast zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, który skutkowałby samoistnym wykluczeniem wykonawcy bez wzywania do wyjaśnień w odniesieniu do pozostałych kwestionowanych okoliczności.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego w zakresie wykazania przez Konsorcjum spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem Ove Arup&Partners International Limited, co skutkuje koniecznością ponownego badania i oceny ofert w celu wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień, Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i 4

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając poniesione przez Odwołującego koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę na podstawie biletu PKP i rachunku za taksówkę przedłożonych do akt sprawy. Izba nie przyznała kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na nieprzedstawienie rachunku lub faktury, co zgodnie z treścią § 3 pkt 2 ww rozporządzenia stanowi podstawę dla uwzględnienia poniesionego kosztu.

Przewodniczący: