

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę International Management Services Sp. z o.o., ul. Felicjanek 4/10, 31-104 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22 31-156 Kraków działające w imieniu własnym oraz Gmin Miasta Krakowa, Gminy Myślenice, Gminy Świątniki Górne oraz Gminy Siepraw w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie koncepcji z elementami Studium Wykonalności projektu pn. „Nowa jakość w obsłudze szynowym transportem zbiorowym dla gmin Województwa Małopolskiego: Kraków, Świątniki, Siepraw i Myślenice” (znak sprawy: TK-I.272.4.2018),

przy udziale wykonawcy WYG International Spółka z o.o., ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7, 02-366 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy International Management Services Sp. z o.o., ul. Felicjanek 4/10, 31-104 Kraków z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy International Management Services Sp. z o.o., ul. Felicjanek 4/10, 31-104 Kraków do złożenia udokumentowanych wyjaśnień w zakresie usługi zrealizowanej na rzecz Aglomeracji Rybnickiej i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu konsekwencji nakazanej wyżej czynności wezwania. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22 31-156 Kraków działające w imieniu własnym oraz Gmin Miasta Krakowa, Gminy Myślenice, Gminy Świątniki Górne oraz Gminy Siepraw i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem

tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę International Management Services Sp. z o.o., ul. Felicjanek 4/10, 31-104 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od zamawiającego Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22 31-156 Kraków działające w imieniu własnym oraz Gmin Miasta Krakowa, Gminy Myślenice, Gminy Świątniki Górne oraz Gminy Siepraw na rzecz wykonawcy

International Management Services Sp. z o.o., ul. Felicjanek 4/10, 31-104 Kraków kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 23 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1577/18

Zamawiający - Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22 31-156 Kraków działające w imieniu własnym oraz Gmin Miasta Krakowa, Gminy Myślenice, Gminy Świątniki Górne oraz Gminy Siepraw prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie koncepcji z elementami Studium Wykonalności projektu pn. „Nowa jakość w obsłudze szynowym transportem zbiorowym dla gmin Województwa Małopolskiego: Kraków, Świątniki, Siepraw i Myślenice" (znak sprawy: TK-I.272.4.2018).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15.06.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 574125-N-2018.

W dniu 03.08.2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08.08.2018 r. przez wykonawcę International Management Services Sp. z o.o. wobec czynności

polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą pomimo, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania o zamówienia publiczne Odwołującego, mimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 26 ust 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących faktycznego zakresu prac w ramach konsorcjum przy opracowaniu Studium transportowego dla Miasta Rybnika.

3. art. 24 ust. 4 ustawy PZP poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, mimo, iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania;

a w konsekwencji:

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;

W związku z wyżej wskazanymi zarzutami na podstawie art. 192 ust.3 pkt 1 ustawy PZP wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- uchylenie wykluczenia Odwołującego z postępowania i uchylenie uznania jego oferty za odrzuconą;

- uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;

- nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania oraz dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym lub ustnym,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Interes Odwołującego we wniesieniu Odwołania:

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z wymogami ustawy PZP (a tym samym właściwie ocenił ofertę złożoną przez Odwołującego) to oferta Odwołującego została by wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Zamawiający prowadzi Postępowania przy uwzględnieniu art. 24 aa ust. 1 ustawy PZP (tzw. procedura odrzucona). Zamawiający na podst. art. 24 aa ust. 1 ustawy PZP ocenił ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą i wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przedstawił wymagane dokumenty, które zostały niewłaściwie ocenione przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego decyzja o jego wykluczeniu jest błędna i jej skutkiem jest szkoda po stronie Odwołującego w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą z ofert i tym samym Odwołujący uzyska do realizacji przedmiotowe zamówienie. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, wykazał on spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy PZP niezbędnych do wniesienia i merytorycznego rozpoznania odwołania.

Termin na wniesienie odwołania:

Informacja o wykluczeniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą Odwołujący otrzymał drogą mailową w dniu 3 sierpnia, co oznacza, że odwołanie zostało złożone w terminie.

Uzasadnienie:

Stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Opracowanie koncepcji z elementami Studium Wykonalności projektu pn. „Nowa jakość w obsłudze szynowym transportem zbiorowym gmin Województwa Małopolskiego: Kraków, Świątniki, Siepraw i Myślenice. Postępowanie jest prowadzone w oparciu o art. 24 aa ustawy PZP.

Warunki udziału w postępowaniu były następujące:

O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

„Warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należyтым wykonaniu (lub w wykonywaniu - w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

a) dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługę stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usługę stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się wykonanie opracowania (konceptji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto;

b) dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługę stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usługę stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się wykonanie badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów.

Zamawiający dopuszcza, aby zakres doświadczenia Wykonawcy określony w lit b) zawierał się w zakresie określonym w lit. a)."

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2018 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt.12 oraz o uznaniu jego oferty za ofertę odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy PZP.

Dowód:

pismo z dnia 3 sierpnia 2018 r. Zawiadomienie o wykonawcy, który został wykluczony z postępowania oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia ofert na okoliczność: wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz na okoliczność

przyczyn jego wykluczenia.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia przyczyny wykluczenia Odwołującego z postępowania zdaniem Zamawiającego są dwie:

1. Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonanie usługi dla Urzędu Miasta Rybnika w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu miało miejsce do dnia 8 czerwca 2015 r. czyli wcześniej niż 3 lata przed terminem składania ofert, który miał miejsce 27 czerwca 2018 r.

2. Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie przekonały Zamawiającego, że Odwołujący w ramach konsorcjum wykonał zakres prac odpowiadający warunkom udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez wykluczenie z postępowania o zamówienia publiczne Odwołującego, mimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Cześć I dotyczącą terminu wykonania usługi Urząd Miasta Rybnika pn. Opracowanie studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej w związku z planowaną realizacją zadania o nazwie „Budowa drogi regionalnej Pszczyna - Racibórz” w ramach projektu Diagnoza potencjału rozwojowego obszaru funkcjonalnego zlokalizowanego wzdłuż autostrady A1 na terenie subregionu zachodniego województwa śląskiego współfinansowanego ze środków

Unii Europejskiej (w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007 - 2013) w

ramach „Konkursu dotacji na działania wspierające jednostki samorządu terytorialnego w zakresie planowania miejskich obszarów funkcjonalnych” ogłoszonego przez Ministerstwo

Rozwoju Regionalnego oraz asysta techniczna w trakcie notyfikacji projektu przed KE. (dalej umowa na opracowanie ST Aglomeracji Rybnickiej).

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia Zamawiający zakwestionował doświadczenie Odwołującego wobec okoliczności, iż z referencji wystawiony przez Urząd Miasta Rybnika z dnia 13 lipca 2018 r. wynika, iż opracowanie studium transportowego nastąpiło do dnia 8 czerwca 2015 r. tj. wcześniej niż w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, zaś w terminie późniejszym pełniona była przez Odwołującego tzw. asysta techniczna. Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Wymaganie udokumentowania zdolności technicznej lub zawodowej służy wykazaniu przez wykonawcę, iż posiada on wystarczający potencjał, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia. Doświadczenie jest pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w drodze praktyki, zatem należy przez niezbędne doświadczenie wykonawcy uznać tylko potwierdzone w praktyce posiadanie pewnych umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień.

Studium transportu Aglomeracji Rybnickiej było wykonywane w ramach jednej umowy, która obejmowała szereg zadań, zakończenie realizacji tego zamówienia nastąpiło w dniu 16 czerwca 2017 r. i w tej dacie należy uznać, iż Odwołujący nabył doświadczenie. Dany podmiot nabywa doświadczenie w dacie zakończenia należytej realizacji zamówienia. Nawet jeżeli dane zamówienie jest podzielone na części czy etapy.

Dowód:

kopia referencji z dnia 23 lipca 2018 r. wystawiona przez Urząd Miasta Rybnika (D-1.272.12015) - na okoliczność jej treści i daty zakończenia wykonywania usługi.

Umowa na opracowanie ST Aglomeracji Rybnickiej ma charakter mieszany, posiada elementy starannego działania i elementy umowy rezultatu. Umowa ta nałożyła na Odwołującego szereg świadczeń o jednakowym znaczeniu. Umowa sprowadza się, nie tylko do wykonania studium transportowego, ale także do osiągnięcia rezultatu w postaci notyfikacji projektu przez Komisję Europejską, która to notyfikacja potwierdza prawidłowość wykonania studium transportowego i możliwość uzyskania dofinansowania unijnego dla tzw. dużego projektu. Komisja Europejska na etapie notyfikacji może żądać dodatkowych wyjaśnień czy dokonania weryfikacji przedstawionego studium transportowego. Dopiero z chwilą wywiązania się przez Odwołującego ze wszystkich ciążących na nim obowiązków objętych umową można mówić o jej zakończeniu, w tym o zakończeniu jej realizacji w zakresie wykonania studium transportowego. Reasumując w takim przypadku opracowanie studium transportowego wraz z pełnieniem asysty technicznej czyli wykonanie dwóch czynności o jednakowym znaczeniu zakończyło wykonywanie umowy. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonywanie studium transportowego zostało całkowicie i definitywnie zakończone w dniu 8 czerwca 2015 r.

Część II

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust.2 lit. b) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji, (wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. o sygn. C-387/14).

Należy jednak mieć na uwadze pewną istotną tezę jaka wynika z orzeczenia TSUE, a której często zamawiający nie dostrzegają oceniając spełnienie warunku w zakresie potencjału doświadczenia członka konsorcjum. Wskazane orzeczenie nie brzmi bowiem jak często upraszczają to zamawiający - będąc członkiem konsorcjum nabywam doświadczenie jedynie w zakresie faktycznie/osobiście/samodzielnie/ wykonanego zakresu rzeczowego zamówienia. Po pierwsze takie rozwiązanie praktycznie czyniłoby niemożliwym powoływanie się na doświadczenie pozyskane w ramach grupy wykonawców wspólnie realizujących określone przedsięwzięcie gospodarcze, czy idąc dalej pozwalałoby na powoływanie się na takie doświadczenie tylko w sytuacji gdyby w kolejnym przetargu konsorcjum ubiegało się o zamówienie w co najmniej takim samym składzie jak realizowało wspólnie umowę.

Odwołujący w piśmie z dnia 25 lipca 2018 r., w zakresie usługi wykonanej dla Urzędu Miasta

Katowice oświadczył, iż w ramach zespołu powołanego przez konsorcjum wykonywał faktycznie czynności związane z przygotowaniem wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice. Wymienił elementy związane z nabytym doświadczeniem w kontekście warunku udziału w postępowaniu to jest, iż jest to opracowanie dotyczące transportu dla obszaru zamieszkałego przez 299 910 mieszkańców (Zamawiający wymagał min. 100 000 mieszkańców), o wartości 920 000 zł (czyli przekracza wymaganą przez Zamawiającego wartość 250 000 zł) oraz jest opracowaniem, w ramach którego wykonano badania ankietowe zachowań transportowych na próbie 5000 wywiadów (Zamawiający wymagał 2000 wywiadów).

Przy wykonywaniu usług polegających na opracowaniu np. studium transportowego w ramach konsorcjum, najczęściej jest tak, iż nie ma podziału na konkretne zadania dla konkretnego podmiotu, tak jak jest to możliwe np. przy robotach budowlanych, gdzie jeden wykonawca wykonuje zakres robót drogowych, a inny roboty elektryczne lub związane z budową obiektu. Przy opracowywaniu studium transportowego zespół ludzi pracuje wspólnie, nie ma ścisłego i jednoznacznego podziału zadań.

Jednocześnie należy mieć na uwadze, że Zamawiający winien jest czytać i interpretować dokumenty złożone przez Odwołującego jako uzupełniającą się całość, a nie wyrywkowo jako pojedyncze elementy. Odwołujący już wraz z ofertą złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, również w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia (str. 2 oferty). Następnie na wezwanie Zamawiającego przedstawił „Wykaz wykonanych usług”, w którym również potwierdził, że spełnił warunki udziału w postępowaniu w żądanym zakresie dotyczącym wartości usług, charakteru opracowania, ilości zamieszkałych mieszkańców, oraz ilości wywiadów. Na koniec w wyjaśnieniach dnia 25 lipca 2018 r. potwierdził i oświadczył, iż faktycznie i realnie wykonywał opracowania w ramach zespołu powołanego przez dane konsorcjum.

Całość dokumentów i oświadczeń złożonych w trakcie postępowania jednoznacznie wskazuje, iż Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu i jako członek konsorcjum nabył w sposób realny i konkretny doświadczenie, które wymagał Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.

Należy wskazać, iż Zamawiający pismem z dnia 19 lipca 2018 r. nie wzywał do wyjaśnień dotyczących faktycznego zakresu prac w ramach konsorcjum przy opracowaniu Studium transportowego dla Miasta Rybnika. Tym zaniechaniem Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy PZP. W przypadku wątpliwości Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić zakres prac wykonanych przez Odwołującego w ramach konsorcjum przy wykonywaniu Umowy na opracowanie ST Aglomeracji Rybnickiej.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że Odwołujący jedynie z ostrożności potwierdził, że również w tym przypadku faktycznie wykonywał czynności związane z realizacją tego zamówienia, zakres tych czynności odpowiada zakresowi warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ przez Zamawiającego.

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania jako jedną z przyczyn wskazał, iż Odwołujący „nie odniósł się do zakresu usługi wykonanej dla Urzędu Miasta Rybnika”. Stwierdzenie powyższe nie jest prawdziwe, bo Odwołujący odniósł się również do tej usługi, mimo, że Zamawiający nie prosił o takie wyjaśnienia. Zamawiający nie żądał wyjaśnień w tym zakresie od Odwołującego.

Dowód:

1. Pismo Zamawiającego z dnia 19 lipca 2018 r. na okoliczność jego treści i zakresu żądanych wyjaśnień do Odwołującego.
2. Pismo Odwołującego z dnia 25 lipca 2018 r. na okoliczność treści przedstawionych wyjaśnień i ich zakresu.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie wykluczył go z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą. Zamawiający takim działaniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Wniósł jak na wstępie z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej argumentacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę i został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W ramach środka ochrony prawnej zakwestionował czynności wykluczenia. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Wśród dowodów powołanych przez Odwołującego (znajdujących się w aktach postępowania przetargowego) znalazło się pismo Pełnomocnika Prezydenta Miasta Rybnika ds. Inwestycji i Gospodarki Przestrzennej wystawione na rzecz International Management Services Sp. z o.o. z dnia 13 lipca 2018 r., w którym zostało potwierdzone, że konsorcjum w składzie:

1) International Management Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 31-104 Kraków, ulica Felicjanek 4/10,

2) VIA VISTULA F. i S. Spółka Jawna, 31-209 Kraków, ulica Generała Fieldorfa-Nita 15/78, zrealizowało na rzecz Rybnika pracę polegającą na:

1) opracowaniu studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej w związku z planowaną realizacją zadania o nazwie "Budowa drogi regionalnej Pszczyna-Racibórz" w ramach projektu „Diagnoza potencjału rozwojowego obszaru funkcjonalnego zlokalizowanego wzdłuż autostrady A1 na terenie subregionu zachodniego województwa śląskiego” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej (w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007-2013) w ramach „Konkursu dotacji na działania wspierające jednostki samorządu terytorialnego w zakresie planowania miejskich obszarów funkcjonalnych” ogłoszonego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego oraz,

2) asyście technicznej w trakcie notyfikacji projektu przed Komisją Europejską.

Zadanie objęło swym zakresem:

1) pozyskanie kompletnych danych wejściowych i przeprowadzenie pomiarów:

a) przeprowadzenie badań zachowań komunikacyjnych,

b) wykonanie pomiarów ruchu,

c) pozyskanie i zakodowanie danych sieciowych i ruchowych od przewoźników działających na terenie aglomeracji,

d) dokonanie pomiaru wejścia i wyjścia do pojazdów komunikacji publicznej w wybranych 20

punktach;

2) opracowanie multimodalnego modelu ruchu;

3) przeprowadzenie analizy stanu istniejącego (układu drogowego, systemu komunikacji zbiorowej, systemu transportowego kształtowanie relacji pomiędzy przewozami indywidualnymi a komunikacją zbiorową, korzyści dla transportu ładunków) wraz z przedstawieniem wniosków;

4) opracowanie części wynikowej studium:

a) analiza procesów demograficznych,

b) opracowanie wariantowych danych do rejonów komunikacyjnych według trzech scenariuszy: optymistycznego, pesymistycznego i neutralnego,

c) opracowanie wariantowych scenariuszy rozwoju społeczno-gospodarczego i zagospodarowania przestrzennego,

d) opracowanie multimodalnego, wariantowego systemu transportu osób (indywidualnego, zbiorowego, rowerowego) oraz ładunków,

e) opracowanie ruchowych analiz prognostycznych,

f) opracowanie wielokryterialnych analiz wariantów układu drogowo-ulicznego,

g) opracowanie szczegółowych analiz ruchowo-ekonomicznych (kierunki rozwoju układu drogowego, kierunki rozwoju systemu komunikacji autobusowej — trasowanie linii, układ dróg dla rowerów).

Wartość umowna zadania brutto to 944.947,50 zł.

Zadanie zostało zrealizowane w następujących terminach:

1) opracowanie studium transportowego do 8 czerwca 2015 r.,

2) asysta techniczna w trakcie procesu notyfikacji projektu do 31 grudnia 2016 r.

Usługa została zrealizowana rzetelnie, terminowo oraz z należytą starannością, zgodnie z wymogami zamawiającego i obowiązującymi przepisami.

Jako dowód Odwołujący powołał także (znajdujące się w aktach postępowania przetargowego) pismo Zastępcy Prezydenta Miasta Rybnika z dnia 23 lipca 2018 r. uzupełniające treść udzielonych referencji z 13 lipca 2018 r., w ramach którego zostało wskazane, że konsorcjum w składzie:

1) International Management Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 31 -104 Kraków, ulica Felicjanek 4/10,

2) VIA VISTULA F. i S. Spółka Jawna, 31-209 Kraków, ulica Generała Fieldorfa-Niła 15/78, w ramach kontraktu polegającego na:

1) opracowaniu studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej w związku z planowaną realizacją zadania o nazwie "Budowa drogi regionalnej Pszczyna - Racibórz" w ramach projektu „Diagnoza potencjału rozwojowego obszaru funkcjonalnego zlokalizowanego wzdłuż autostrady A1 na terenie subregionu zachodniego województwa śląskiego” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej (w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007-2013) w ramach „Konkursu dotacji na działania wspierające jednostki samorządu terytorialnego w zakresie planowania miejskich obszarów funkcjonalnych” ogłoszonego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego oraz,

2) asyście technicznej w trakcie notyfikacji projektu przed Komisją Europejską, sprawowało asystę techniczną w trakcie procesu notyfikacji projektu, zgodnie z zawartym aneksem do umowy, w terminie do 16 czerwca 2017 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci następujących oświadczeń:

1. Oświadczenie z dnia 16.08.2018 r. złożone w odniesieniu do usługi obejmującej opracowania studium transportowego dla Aglomeracji Rybnickiej, z którego treści wynika, że w skład zespołu projektowego wchodził pracownicy obu członków konsorcjum, tj. Odwołującego oraz VIA VISTULA F. i S. Spółka jawna;

2. Oświadczenie z dnia 16.08.2018 r. złożone w odniesieniu do zadania obejmującego wieloletni plan rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice, z którego wynika, że w skład zespołu projektowego wchodził pracownicy wszystkich członków konsorcjum, tj. Odwołującego, Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Komunikacji Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w Krakowie oraz VIA VISTULA F. i S. Spółka jawna.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W oparciu o treść SIWZ Izba dokonała następujących ustaleń:

I. Informacje o Zamawiającym

Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie, ul. Basztowa 22, zwane w dalszej części Zamawiającym, zaprasza do składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Opracowanie koncepcji z elementami Studium Wykonalności projektu pn. „Nowa jakość w obsłudze szynowym transportem zbiorowym gmin Województwa Małopolskiego: Kraków, Świątyniki Górne, Siepraw i Myślenice”.

II. Tryb udzielenia zamówienia

Zamówienie publiczne udzielane jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 39 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 poz. 1579 z późn. zm.) zwaną dalej ustawą.

III. Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie koncepcji z elementami Studium Wykonalności projektu pn. „Nowa jakość w obsłudze szynowym transportem zbiorowym gmin Województwa Małopolskiego: Kraków, Świątyniki Górne, Siepraw i Myślenice”.

2. Na przedmiot zamówienia składa się przygotowanie opracowania studialnego (koncepcji) w celu określenia możliwości realizacji i przebiegu linii kolejowej Kraków — Myślenice oraz jej włączenia w system Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej. Opracowanie ma wskazać możliwości organizacyjne, techniczne i finansowe realizacji przedsięwzięcia, określić potencjalne, możliwe przebiegi linii wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz wskazać rozwiązanie optymalne. Zamówienie wspólne dla kilku jednostek samorządów terytorialnych: Województwa Małopolskiego, Gminy Kraków, Gminy Świątyniki Górne, Gminy Siepraw oraz Gminy Myślenice.

3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) stanowi załącznik nr 4 do siwz (będący jednocześnie załącznikiem nr 1 do wzoru umowy).

4. Warunki realizacji zamówienia zawarte są we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do siwz.

5. Oznaczenie wg CPV: 71311200-3 Usługi doradcze w zakresie systemów transportowych.

IV. Składanie ofert częściowych

Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych,

V. Termin wykonania zamówienia

Termin wykonania zamówienia 154 dni od daty podpisania umowy.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz ich oceny Zamawiający zawarł w SIWZ następujące postanowienia:

VI. Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia wykonawcy, w tym, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy i art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy,
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub

zawodowej:

Warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należyтым wykonaniu (lub w wykonywaniu — w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej:

a) dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się wykonanie opracowania (konceptji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto;

b) dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się wykonanie badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów.

Zamawiający dopuszcza, aby zakres doświadczenia Wykonawcy określony w lit. b) zawierał się w zakresie określonym w lit. a).

2. Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu może polegać na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art 22a ustawy.

3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (do oferty należy załączyć odpowiednio pełnomocnictwo) chyba, że w przypadku spółki cywilnej, z umowy tej spółki wynika sposób jej reprezentowania (do stwierdzenia, czego niezbędne będzie załączenie do oferty umowy spółki cywilnej). Wszelka korespondencja oraz rozliczenia dokonywane będą wyłącznie z podmiotem występującym, jako pełnomocnik pozostałych. Oferta musi być podpisana w taki sposób, by prawnie zobowiązywała wszystkie podmioty występujące wspólnie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy.

VII. Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia

ZAMAWIAJĄCY ZGODNIE Z ART. 24AA USTAWY INFORMUJE, ŻE NAJPIERW DOKONA OCENY OFERT, A NASTĘPNIE ZBADA, CZY WYKONAWCĄ, KTÓREGO OFERTA ZOSTAŁA OCENIONA, JAKO NAJKORZYSTNIEJSZĄ, NIE PODLEGA WYKLUCZENIU ORAZ SPEŁNIA WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.

VIII) Oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą:

1. Do oferty wykonawca winien dołączyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu — załącznik nr 2 do siwz.

Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2. W przypadku wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1 składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

3. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1.

4. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1.

5. Jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy:

1) musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający zaleca złożenie zobowiązania wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do siwz,

6. W przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje Pełnomocnik wraz z ofertą winno być złożone pełnomocnictwo dla tej osoby określające jego zakres. Pełnomocnictwo winno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy.

7. Wszelkie pełnomocnictwa winny być załączone do oferty w formie oryginału lub urzędowo poświadczonego odpisu pełnomocnictwa (notarialnie — art. 96 ustawy z 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie (tekst jednolity Dz. U. z 2014 poz. 164 z późniejszymi zmianami)).

VII.2) — Oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej:

1. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żąda oświadczenia wykonawcy o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej; w przypadku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawca może złożyć wraz z oświadczeniem dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

2. Wykonawca, w terminie 3 dni od zamieszczenia przez Zamawiającego na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. ustawy, zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa w ust. 1.

3. Oświadczenie składane jest w oryginale.

4. Wzór oświadczenia wraz z informacją, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy, zostanie zamieszczony przez Zamawiającego na stronie internetowej, na której była zamieszczona siwz wraz z załącznikami.

W załączniku nr 3 do SIWZ (Wzór umowy) w § 6 zatytułowanym GWARANCJA Zamawiający wskazał, co następuje.

1. Wykonawca udziela gwarancji na wykonany przedmiot umowy na okres 3 lat, licząc od daty odbioru końcowego.

2. W przypadku wad ujawnionych w okresie gwarancji Wykonawca przystąpi natychmiast do ich usunięcia, lecz nie później niż w ciągu 2 dni roboczych od powiadomienia. Czas ich usunięcia zostanie określony przez Zamawiających.

3. Wykonawca jest odpowiedzialny względem Zamawiających z tytułu gwarancji za wady przedmiotu umowy, stwierdzone w toku czynności odbioru poszczególnych części prac oraz powstałe w okresie gwarancyjnym.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania złożono 5 ofert. Odwołujący złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 441.078,00 złotych brutto oferując jednocześnie wykonanie 2500 ankiet (liczebność próby). Pozostałe ceny obejmowały zakres od 662.601,00 zł brutto do 890.237,10 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 09.07.2018 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w

postępowaniu, w tym wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 16.07.2018 r. wskazał, że w odpowiedzi na pismo z dnia 09.07.2018 dot. wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przedkładamy w załączeniu wykaz usług stanowiący załącznik nr I do przedmiotowego wezwania oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazanej w poz. 2 i 4 usługi.

Następnie Odwołujący w powyższym piśmie wskazał, co następuje. Jednocześnie w odniesieniu do usługi wymienionej w poz. 1 i 3 przedmiotowego wykazu oświadczamy, iż okres trwania usługi obejmował okres od 23.02.2015r. do 05.05.2017r. na potwierdzenie czego przedkładamy fakturę nr 2/05/2017 oraz wyciąg z rachunku bankowego potwierdzający rozliczenie płatności końcowej za realizację przedmiotu zamówienia oraz zwrot zabezpieczenia należytego usługi (tj. opracowanie studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej w związku z planowaną realizacją zadania o nazwie „Budowa drogi regionalnej Pszczyna — Racibórz” w ramach projektu Diagnoza potencjału rozwojowego obszaru funkcjonalnego zlokalizowanego wzdłuż autostrady A1 na terenie subregionu zachodniego województwa śląskiego współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej (w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007 — 2013) w ramach „Konkursu dotacji na działania wspierające jednostki samorządu terytorialnego w zakresie planowania miejskich obszarów funkcjonalnych” ogłoszonego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego wraz z asystą techniczną w trakcie notyfikacji projektu przed KE). Jednocześnie oświadczamy, że usługa została wykonana należyście oraz informujemy, że wystąpiliśmy do Zamawiającego (tj. Urzędu Miasta Rybnika) z prośbą o wystawienie referencji za zrealizowane prace. Zgodnie z uzyskaną w dniu dzisiejszym informacją telefoniczną (nr 32 4392125) referencja została przygotowana i czeka na podpis Prezydenta Miasta. Niezwłocznie po jej otrzymaniu prześlemy ją do Państwa siedziby.

Zamawiający wezwaniem z dnia 19 lipca 2018 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj.:

- wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający w uzasadnieniu wezwania wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z 9 lipca br. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przedstawili Państwo Wykaz usług, w którym wymienione zostały 4 usługi, w tym 2 usługi na potwierdzenie spełniania pierwszego warunku w zakresie wykonania opracowania (koncepcji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto 1 2 usługi na potwierdzenie spełniania drugiego warunku tj. wykonania badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów.

Jednocześnie w przypadku obu usług podanych dla warunku drugiego zawierają się w zakresie usług podanych dla warunku pierwszego (co było dopuszczone przez Zamawiającego).

W wykazie usług podane zostały następujące usługi:

Dla warunku pierwszego

1 . Opracowanie studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej polegająca na opracowaniu studium transportowego dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, wykonana dla Urzędu Miasta Rybnika w terminie 23.02.2015 05.05.2017, o wartości 944 970,50 zł brutto,

2. Opracowanie wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego

miasta Katowice, polegająca na wykonaniu- opracowania (koncepcji, studium wykonalności, studium transportowego) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, wykonana dla Urzędu Miasta Katowice w terminie 19.02.2015 - 20.12.2016. o wartości 920 040,00 zł brutto.

2. Dla warunku drugiego

3. Opracowanie studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej, polegająca na wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów, wykonana dla Urzędu Miasta Rybnika w terminie 23.02.2015 - 05.05.2017 r.

4. Opracowanie wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego

miasta Katowice, polegająca na wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów, wykonana dla Urzędu Miasta Katowice w terminie 19.02.2015 — 20.12.2016.

Jako dowody określające czy usługi wymienione w Wykazie zostały wykonane należyście zostały złożone:

1. dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Katowice (tj. usługi 2 i 4) — Referencje — informacje uzupełniające do protokołu odbioru przedmiotu zamówienia z 27 lipca 2017 r.

2. dla usługi 'wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Rybnika (tj. usługi 1 i 3) — wyciąg z rachunku bankowego Wykonawcy z potwierdzeniem zwrotu zabezpieczenia i zapłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę o wartości 47 247,37 zł oraz faktura za usługę na kwotę 47 247,37 zł brutto wystawiona dla Miasta Rybnik 5.05.2017 r.

Zamawiający podniósł, że nie może uznać, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Rybnika, którą wskazali Państwo na. potwierdzenie spełniania dwóch warunków, nie przedstawili Państwo prawidłowego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi. Został złożony wyciąg z rachunku bankowego oraz faktura wystawiona dla Miasta Rybnik 5.05.2017 r., jednak treść tych dokumentów nie zawiera sformułowania, które potwierdza że usługa, której dotyczą została wykonana należyście. Przedstawienie tego rodzaju dokumentu (faktury lub wyciągu bankowego), z którego treści nie wynika należyte wykonanie usługi nie może zostać uznane przez Zamawiającego jako dowód potwierdzający należyte wykonanie. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie potwierdzają wyroki Krajowej Izby Odwoławczej i poglądy doktryny. Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1083/10; KIO/UZP 1085/10 z dnia 28 czerwca 2010 r. wskazano, że Polecenie przelewu, a tym bardziej faktura VAT, nie może zostać uznane za dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy, jeżeli nie zawiera w swej treści sformułowania, którym jednoznacznie to potwierdza.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez uzupełnienie prawidłowych dowodów określających czy usługa wymieniona w Wykazie na rzecz Urzędu Miasta Rybnika została wykonana należyście (zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w piśmie złożonym przez Państwa wraz z dokumentami — stosowny dokument jest przygotowany przez Urząd Miasta Rybnika i czeka na podpis).

Ponadto, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji zawartych w dokumentach, które zostały przedstawione na potwierdzenie spełnianie warunku udziału w postępowaniu dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Katowice, poprzez odpowiedź na pytania:

• czy International Management Services Sp. z o.o. wykonała usługę polegającą na:

a) wykonaniu opracowania (koncepcji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto?

b) wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów? w ramach wykonania usługi opracowanie wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice, wykonanej dla Urzędu Miasta Katowice w terminie 19.02.2015 — 20.12.2016.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, gdyż ww. usługa wykonana dla Urzędu Miasta Katowice, którą przedstawił Państwo w Wykazie usług wykonanych na potwierdzenie spełniania dwóch warunków udziału w postępowaniu, była wykonana w ramach zamówienia,

w którym Wykonawcy występowali wspólnie, a Państwo byli członkami tych konsorcjów (wraz ze Stowarzyszeniem Inżynierów i Techników Komunikacji RP odz. w Krakowie oraz VIA VISTULA F. i S. Sp. Jawna). Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14) nie jest dopuszczalne, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy "konawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (tym samym zmieniła się dotychczasowa linia orzecznicza w tym zakresie i Zamawiający może przyjąć, że Wykonawca nabył doświadczenie wyłącznie w zakresie faktycznie zrealizowanych przez niego prac w ramach konsorcjum),

Stąd, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czy w ramach usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Katowice, w której brali Państwo udział jako członkowie konsorcjum, International Management Services Sp. z o.o. faktycznie wykonała usługę polegającą na wykonaniu opracowania (koncepcji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto oraz na wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów.

W sytuacji, gdyby International Management Services Sp. z o.o. faktycznie nie wykonała usługi polegającej na wykonaniu opracowania koncepcji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców o wartości minimum 250 000 zł brutto lub nie wykonała usługi polegającej na wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów, to Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wzywa do podania w Wykazie usług innej usługi na potwierdzenie spełniania odpowiedniego warunku udziału w postępowaniu wraz z przedstawieniem tej usługi dowodu jej należytego wykonania.

Zamawiający wskazał ponadto w wezwaniu, że:

- wykaz dokumentów jakie należy złożyć na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i forma składania tych dokumentów zostały określone w pkt VII siwz;
- zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- zgodnie z treścią art. 46 ust. 4a — Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictwo lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Odwołujący pismem z dnia 23.07.2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.07.2018 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu składania ofert o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium.

Odwołujący pismem z dnia 25.07.2018 r. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 19.07.2018 przekazał w załączeniu referencję wystawioną przez Pełnomocnika Prezydenta Miasta Rybnika ds. Inwestycji i Gospodarki Przestrzennej znak D-1.272.1.2015 z dnia 13.07.2018r. oraz uzupełnienie z dnia 23.07.2018r. wystawione w związku z błędną datą zakończenia realizacji umowy (data na referencji 31.12.2016r. i poprawna na uzupełnieniu: 16.06.2018r.).

Jednocześnie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji zawartych w dokumentach, które zostały przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Katowice, tj. Wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice Odwołujący wyjaśnił, iż powyższą usługę wykonał zespół w skład którego weszły osoby będące pracownikami poszczególnych członków konsorcjum, w tym pracownicy International Management Services Sp. z o.o. (dalej: IMS). Osoby wyznaczone przez IMS sp. z o.o. brały faktyczny i konkretny udział w przygotowaniu powyższego opracowania. Dodatkowo mając na uwadze, iż „Wieloletni planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta

Katowice”:

- jest opracowaniem dotyczącym transportu

- obejmuje obszar zamieszkały przez ok. 299 910 mieszkańców
- jest opracowaniem o wartości 920 040, 00 zł brutto
- jest opracowaniem w ramach, którego wykonano badania ankietowe zachowań transportowych na próbie 5000 wywiadów należy uznać, że przedłożone referencje spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu określone w Rozdziale VI, pkt 1, ppkt 2 a), b) SIWZ.

Zważywszy na to, że podobna wątpliwość jak powyżej może się pojawić w kwestii podziału pracy nad opracowaniem studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej od razu wyjaśniamy, iż podobnie jak dla opracowania Wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice pracownicy IMS byli w składzie zespołu realizującego cały zakres zamówienia. W tym wypadku również stoimy na stanowisku, iż przedłożone referencje . spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu określone w Rozdziale VI, pkt 1, ppkt 2 a), b) SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 3 sierpnia 2018 . przekazał zawiadomienie o wykonawcy, który został wykluczony z postępowania oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia ofert informując, że:

1) z postępowania został wykluczony wykonawca International Management Services Sp. z o.o., ul. Felicjanek 4/10, 31-104 Kraków, który złożył ofertę nr 4 — na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12) ustawy, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, 2) zostały

odrzucone:

W ramach uzasadnienia Zamawiający wskazał, co następuje.

Ad 1) Z postępowania został wykluczony wykonawca International Management Services Sp. z o.o., ul. Felicjanek 4/10, 31-104 Kraków, który złożył ofertę nr 4 — na podstawie art. 24 ust. pkt. 12) ustawy zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt. VJ ust 1 pkt. 2) siwz ustanowił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj.:

Warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należytych wykonaniu (lub w wykonywaniu — w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej:

a) dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się wykonanie opracowania (konceptji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto;

b) dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się wykonanie badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów.

Zamawiający dopuszcza, aby zakres doświadczenia Wykonawcy określony w lit. b) zawierał się w zakresie określonym w lit. a),

Jednocześnie, Zamawiający w siwz zgodnie z art 24aa ustawy poinformował, że w postępowaniu najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Po dokonaniu oceny ofert Wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza tj. International Management Services Sp. z o.o. z Krakowa (który złożył ofertę nr 4) Zamawiający na podstawie art 26 ust. 2 ustawy wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj.: wykazu usług

wykonanych oraz załączenia dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie.

Wykonawca, w terminie wyznaczonym na złożenie dokumentów tj. 16 lipca br. przedstawił Wykaz usług, w którym wymienione zostały 4 usługi, w tym 2 usługi na potwierdzenie spełniania pierwszego warunku w zakresie wykonania opracowania (koncepcji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto i 2 usługi na potwierdzenie spełniania drugiego warunku tj. wykonania badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów. Jednocześnie w przypadku obu usług podanych dla warunku drugiego zawierały się one w zakresie usług podanych dla warunku pierwszego (co było dopuszczone przez Zamawiającego).

W wykazie usług podane zostały następujące usługi:

1. Dla warunku pierwszego

1 Opracowanie studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej polegające na opracowaniu studium transportowego dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, wykonane dla Urzędu Miasta Rybnika w terminie 23.02.2015 — 05.05.2017, o wartości 944 970,50 zł brutto,

2 Opracowanie wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice, polegające na wykonaniu opracowania (koncepcji, studium wykonalności, studium transportowego) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, wykonane dla Urzędu Miasta Katowice w terminie 19.02.2015 — 20.12.2016, o wartości 920 040,00 zł brutto.

2. Dla warunku drugiego

3 Opracowanie studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej polegające na wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów, wykonane dla Urzędu Miasta Rybnika w terminie 23.02.2015 - 05.05.2017,

4, Opracowanie wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice, polegające na wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów, wykonane dla Urzędu Miasta Katowice w terminie 19.02.2015 — 20.12.2016,

Jako dowody określające czy usługi wymienione w Wykazie zostały wykonane należycie zostały złożone.

1, dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Katowice (tj. usługi 2 i 4) — Referencje — informacje uzupełniające do protokołu odbioru przedmiotu zamówienia z 27 lipca 2017 r.

2. dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Rybnika (tj. usługi 1 i 3) — wyciąg z rachunku bankowego Wykonawcy z potwierdzeniem zwrotu zabezpieczenia i zapłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę o wartości 47 247,37 zł oraz faktura za usługę na kwotę 47 247,37 zł brutto wystawiona dla Miasta Rybnik 5.05.2017 r.

Zamawiający nie mógł uznać, że Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Rybnika, która została wskazana na potwierdzenie spełniania dwóch warunków, nie przedstawiono prawidłowego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi. Został złożony wyciąg z rachunku bankowego oraz faktura wystawiona dla Miasta Rybnik 5.05.2017 r., jednak treść tych dokumentów nie zawiera sformułowania, które potwierdza że usługa, której dotyczą została wykonana należycie. Przedstawienie tego rodzaju dokumentu (faktury lub wyciągu bankowego), z którego treści nie wynika należyte wykonanie usługi nie może zostać uznane przez Zamawiającego jako dowód potwierdzający należyte wykonanie. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie potwierdzają wyroki Krajowej Izby Odwoławczej i poglądy doktryny. Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1083/10; KIO/UZP 1085/10 z dnia 28 czerwca 2010 r, wskazano, że Polecenie przelewu, a tym bardziej faktura VAT, nie może zostać uznane za dokument potwierdzający należyte wykonania umowy, jeżeli nie zawiera w swej treści sformułowania, które jednoznacznie to potwierdza.

W związku z powyższym, 19 lipca 2018 r. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez uzupełnienie prawidłowych dowodów określających czy usługa wymieniona w Wykazie na rzecz Urzędu Miasta Rybnika została wykonana należycie.

Jednocześnie Zamawiający w tym samym piśmie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał

Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji zawartych w dokumentach, które zostały przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Katowice. poprzez odpowiedź na pytania:

- czy International Management Services Sp. z o.o. wykonała usługę polegającą na:

a) wykonaniu opracowania (konceptji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto?

b) wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów?

w ramach wykonania usługi Opracowanie wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice. wykonanej dla Urzędu Miasta Katowice w terminie 19.02.2015 — 20.12.2016

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, gdyż usługa wykonana dla Urzędu Miasta Katowice, którą Wykonawca przedstawił w Wykazie usług wykonanych na potwierdzenie spełniania dwóch warunków udziału w postępowaniu, była wykonana w ramach zamówienia, w którym Wykonawcy występowali wspólnie, a International Management Services Sp. z o.o. był członkiem tego konsorcjum, Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14) nie jest dopuszczalne, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (tym samym zmieniła się dotychczasowa linia orzecznicza w tym zakresie i Zamawiający może przyjąć, że Wykonawca nabył doświadczenie wyłącznie w zakresie faktycznie zrealizowanych przez niego prac w ramach konsorcjum).

Stąd Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czy w ramach usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Katowice, w której Wykonawca brał udział jako członek konsorcjum, International Management Services Sp. z o.o. faktycznie wykonała usługę polegającą na wykonaniu opracowania (konceptji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto oraz na wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów.

W sytuacji, gdyby International Management Services Sp. z o.o. faktycznie nie wykonała usługi polegającej na wykonaniu opracowania (konceptji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto lub nie wykonała usługi polegającej na wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów, to Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał do podania w Wykazie usług innej usługi na potwierdzenie spełniania odpowiedniego warunku udziału w postępowaniu wraz z przedstawieniem dla tej usługi dowodu jej należytego wykonania

Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, w terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów tj. 25 lipca br. złożył dwa dokumenty wystawione przez Urząd Miasta Rybnika (z 13 lipca 2018 r. i z 23 lipca 2018 z których wynika, że usługa wykonania na rzecz Urzędu Miasta Rybnika została wykonana należycie i była wykonywana w ramach konsorcjum dwóch Wykonawców, w tym International Management Services Sp. z o.o.

W wystawionym dokumencie zostały zamieszczone także informacje, że usługa polegała na: 1 Opracowaniu studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej I została wykonana do 8

czerwca 2015 r.

2. Asyście technicznej w trakcie notyfikacji projektu przez KE I została zrealizowana, zgodnie

z zawartym aneksem do umowy do 16 czerwca 2017 r.

Ponadto, Wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące wykonania usług w ramach konsorcjów dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Katowice i dla Urzędu Miasta Rybnika.

W wyjaśnieniach poinformował, że w przypadku obydwóch usług uczestnikami tych zadań był zespół w skład którego weszły osoby będące pracownikami International Management Services Sp. z o.o. oraz że brały one faktyczny i konkretny udział w przygotowaniu opracowania,

Dodatkowo dla usługi wykonanej dla Urzędu Miasta Katowice podano informację, że jest to opracowanie dotyczące transportu, obejmuje obszar zamieszkały przez ok. 299 910 mieszkańców, jest opracowaniem o wartości 920 040,00 zł brutto, jest opracowaniem w

ramach którego wykonano badania ankietowe zachowań transportowych na próbie 5000 wywiadów i w związku z tym należy uznać, że spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Dla usługi wykonanej dla Urzędu Miasta Rybnika także podano informację, że podobnie jak w opracowaniu dla Miasta Katowice pracownicy International Management Services Sp. z

o.o. byli w składzie zespołu realizującego cały zakres zamówienia i że w związku z tym należy uznać, że warunek postawiony w postępowaniu jest spełniony.

Na podstawie złożonych przez International Management Services Sp. z o.o. dokumentów i wyjaśnień Zamawiający nie może uznać, że Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykazał się doświadczeniem w należytych wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej:

a) dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się wykonanie opracowania (konceptji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto;

b) dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia,

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się wykonanie badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów,

W przypadku usługi wykonanej dla Urzędu Miasta Rybnika (tj. usługi 1 i 3 podanej w Wykazie na potwierdzenie spełniania warunku pierwszego i drugiego) Zamawiający nie może przyjąć, że usługa ta potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu ponieważ zakres odpowiadający warunkowi udziału w postępowaniu tj. polegający na wykonaniu opracowania (konceptji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców a tym samym wykonanie badania zachowań transportowych na odpowiedniej próbie wywiadów został wykonany w okresie wcześniejszym niż dopuszczony w warunku udziału w postępowaniu okres wykonania usługi tj. okres ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (opracowanie wykonane było do 8.06.2015 r., a otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce 27.06.2018 r.).

W referencjach wystawionych przez Urząd Miasta Rybnika wyraźnie zostało wskazane że usługa polegająca na Opracowaniu studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej składała się z dwóch zadań: pierwsze polegające na opracowaniu studium transportowego zostało wykonane do 8 czerwca 2015 r. (i jest ono przedmiotem oceny w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu) i a drugie polegało na asyście technicznej w trakcie procesu notyfikacji projektu przez KE (zostało zakończone do 16 czerwca 2017 r. — informacja podana w drugim dokumencie wystawionym przez Urząd Miasta Rybnika 23 lipca 2018 r. złożonym jako uzupełnienie treści referencji z 13 lipca 2018 r. — ten element usługi nie odpowiada w żaden sposób swoim rodzajem warunkom udziału w postępowaniu i nie podlega ocenie w ramach warunku).

Wykonawca zatem nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie przedstawił dwóch usług wykonanych w okresie wymaganym w warunku udziału w postępowaniu tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (usługa wykonana dla Urzędu Miasta Rybnika została wykonana w okresie wcześniejszym — do 8.06.2015 r.).

Ponadto, złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia dotyczące usług, które wykonane były w ramach konsorcjów nie przekonują Zamawiającego, że w przypadku którejkolwiek z nich International Management Services Sp. z o.o. wykonała zakres odpowiadający warunkom udziału w postępowaniu m.in., że każde z wykonanych opracowań w zakresie wykonanym przez International Management Services Sp. z o.o. miało wartość minimum 250 000 zł brutto, a w przypadku warunku drugiego, że International Management Services Sp. z o.o. wykonało w ramach każdej z tych usług badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów.

Zamawiający zapytał Wykonawcę m.in. o ten zakres w wezwaniu do wyjaśnień z 19 lipca br., natomiast nie uzyskał jednoznacznej odpowiedzi od Wykonawcy, który w wyjaśnieniach odniósł się do wartości i zakresu całej usługi wykonanej dla Urzędu Miasta Katowice (w stosunku do której Zamawiający nie miał wątpliwości, że odpowiada ona swoim rodzajem i

wartością usłudze opisanej w warunkach udziału w postępowaniu, a pytał o zakres wykonany przez International Management Services Sp. z o.o., czy odpowiada rodzajem i wartością usłudze opisanej w warunkach udziału w postępowaniu). Wykonawca. także w ogóle nie odniósł się do zakresu usługi wykonanej dla Urzędu Miasta Rybnika. Nie podał zatem informacji koniecznych Zamawiającemu do uznania, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu tj. czy w ramach konsorcjów wykonał usługę polegającą na:

- wykonaniu opracowania (koncepcji, studium wykonalności, studium transportowego itp.) dotyczącego transportu dla obszarów zamieszkałych przez minimum 100 tys. mieszkańców, o wartości minimum 250 000 zł brutto?

- wykonaniu badania zachowań transportowych na próbie minimum 2 tys. wywiadów?

W kontekście wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14), przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dla Zamawiającego mają znaczenie konkretne wyjaśnienia Wykonawcy, ponieważ zgodnie z tym wyrokiem zmieniono podejście do wykazywania doświadczenia, które pozyskało się w ramach konsorcjum.

Niniejszy wyrok dopuszcza, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie uczestniczył w jego realizacji (dotychczas przeważało stanowisko, iż poszczególni członkowie konsorcjum mogą wykazywać się nabytą wiedzą i doświadczeniem, bez ograniczania tego uprawnienia jedynie do zakresu faktycznie zrealizowanych zadań). Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy, zadając mu jednoznaczne pytania, aby podał konkretne informacje czy zakres wykonanych przez Wykonawcę zadań w ramach usług świadczonych w konsorcjach odpowiada co najmniej zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu, czego Wykonawca nie uczynił.

Na koniec Zamawiający zwrócił uwagę, że w ogóle nie odnosi się do rozbieżności w informacjach podanych przez Wykonawcę dla usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Rybnika w Wykazie usług wykonanych i tych, które są podane w referencjach i przyjmuje, że właściwymi są te podane w referencjach m.in. wartość usługi podana w Wykazie 944 970,50, w referencjach 944 947,50, termin wykonania w Wykazie 23.02.2015 - 05.05.2017, w referencjach (zgodnie z uzupełnieniem) do 16 czerwca 2017 r.

W związku z powyższym tzn. z nie wykazaniem przez International Management Services Sp. z o.o., ul. Felicjanek 4/10, 31-104 Kraków (który złożył ofertę nr 4) spełniania warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12) ustawy wykonawca zostaje wykluczony z postępowania, a jego ofertę zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy uznaje się za odrzuconą,

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż w ramach środków ochrony prawnej kontroli podlegają czynności podmiotu zamawiającego przy uwzględnieniu postawionych w odwołaniu zarzutów, ich podstaw faktycznych oraz ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego (w tym wypadku w szczególności dokumentacji postępowania obejmującej ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, ofertę Odwołującego oraz korespondencje pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego). Izba uwzględniając powyższy materiał dowodowy uznała, że Zamawiający nie miał faktycznych i prawnych podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, gdyż czynność ta, przy uwzględnieniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, okazała się przedwczesna.

Następnie Izba wskazuje, że Zamawiający w treści SIWZ sprecyzował, iż postępowanie będzie prowadzone w oparciu o treść art. 24aa ustawy Pzp, czyli w tzw. procedurze

odwróconej.

Regulacja związana z tzw. procedurą odwróconą jest wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego tzw. dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) i ujętego tam postulatu zmierzającego do odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazano w Sekcji 3 dyrektywy 2014/24/UE zatytułowanej "Wybór uczestników oraz udzielenie zamówienia" w art. 56 zatytułowanym "Zasady ogólne" w ust. 2, gdzie wskazano, że: W procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji, zgodnie z przepisami art. 57-64. Jeżeli instytucje zamawiające korzystają z tej możliwości, zapewniają, by sprawdzenie niewystępowania podstaw wykluczenia i weryfikacja spełnienia kryteriów kwalifikacji przebiegały w sposób bezstronny i przejrzysty, tak aby żadnego zamówienia nie udzielono oferentowi, który powinien być zostać wykluczony na podstawie art. 57 lub który nie spełnia kryteriów kwalifikacji określonych przez instytucję zamawiającą.

Mając na uwadze powyższe w takiej procedurze Zamawiający, co do zasady decyzje opiera głównie na oświadczeniach własnych wykonawców, zaś kwalifikacje podmiotową wykonawców ogranicza jedynie do oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż ze względu na przemodelowanie w drodze nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie w 2016 r., wdrażającej dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE, procedury ubiegania się o zamówienia publiczne całkiem odmienne znaczenie mają oświadczenia własne składane w toku postępowania przez wykonawców. Powyższe przekłada się także na proces dowodzenia faktów, z których uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (a następnie postępowania odwoławczego) wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne.

Zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy pzp, gromadzenie i przedkładanie materiału dowodowego należy do stron i uczestników postępowania, a nie do organu orzekającego. To strony, pod rygorem negatywnych konsekwencji w wydany przez Izbę orzeczeniu co do podnoszonych zarzutów, powinny przytoczyć odpowiednie okoliczności faktyczne, mogące być podstawą rozstrzygnięcia.

Aby zatem doszło do wykazania, że wykonawca w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poświadczył nieprawdę lub nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu konieczne jest udowodnienie, że jego oświadczenie nie koresponduje z treścią warunku sformułowanego w ogłoszeniu o zamówieniu lub postanowieniami SIWZ. W przypadku nieprawdziwych informacji konieczne jest niejako „wyjście” poza dokumentację postępowania celem wykazania rzeczywistego stanu rzeczy.

Izba rozpoznając odwołanie bada czynności i zaniechania podmiotu zamawiającego w kontekście postawionych w odwołaniu zarzutów (wzorców kontroli) i przedstawionych okoliczności faktycznych (faktów wykazanych stosownymi dowodami). W tym znaczeniu, w kontekście dokonanej przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, za zasadniczy materiał dowodowy uznać należy te fakty (w postaci dokumentów i wyjaśnień), które legły u podstaw zaskarżonej czynności.

W ramach czynności wykluczenia Izba zwraca uwagę, dzieląc argumenty podniesione przez Odwołującego na rozprawie, o konieczności kompleksowego (całościowego) badania wszystkich elementów procesu dowodzenia (zarówno oświadczeń wiedzy i woli wykonawcy, jego dokumentów własnych i dokumentów wytworzonych przez podmioty trzecie, jak również wyjaśnień wykonawców i dokonywanych przez nich interpretacji stanu faktycznego). Jak wynika bowiem z doświadczeń zgromadzonych w ramach działalności orzeczniczej przy rozpoznawaniu środków ochrony prawnej (zarówno w postaci odwołań, jak i skarg na orzeczenia Izby) sformułowane warunki udziału w postępowaniu, jako klasyczne oświadczenia woli zamawiającego, podlegają często wykładni oraz są przedmiotem sporów, co do ich znaczenia.

Izba, co do zasady zgadza się z Odwołującym, że rolą referencji (i wszelkich dokumentów o treści do nich zbliżonej) jest wykazanie należytego wykonania wskazanych usług, dostaw lub robót budowlanych. Powyższe znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie sądów

powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, jak również wynika wprost z treści Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z dnia 27.07.2016 r. poz. 1126). Wynika to z faktu, że ww. dokumenty mają, co do zasady, abstrakcyjny charakter albowiem są wystawiane nie na potrzeby konkretnego postępowania, lecz w ogólnym celu wykazania należytego spełnienia świadczenia. Nawet jeżeli w ich treści znajdują się informacje niekompletne lub nieścisłe nic nie stoi na przeszkodzie aby okoliczności odmienne od wynikających z ich treści zostały wykazane innymi dowodami lub, jak w tym przypadku oświadczeniami własnymi wykonawcy.

W ramach oceny dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem, w ocenie Izby, najważniejszą metodą jest metoda racjonalnego i celowościowego podejścia do składanych oświadczeń i dokumentów, przy jednoczesnym odejściu od metody stricte formalnego ich badania.

Należy na wstępie wskazać, iż za utrwalone, zarówno w orzecznictwie, jak również ugruntowane w piśmiennictwie należy uznać stanowisko, że za spełniające warunek w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia traktuje się usługi zakończone (zrealizowane) lub realizowane we wskazanym przez Zamawiającego okresie. Tego rodzaju podejście zostało wypracowane w orzecznictwie na przestrzeni wielu lat obowiązywania aktów wykonawczych wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Celem wykazania spełnienia warunku nie jest konieczne rozpoczęcie i zakończenie realizacji usługi w wymaganym okresie. Na powyższe wskazuje fakt, iż za prawidłowo wykonaną, a więc należyście zrealizowaną usługę uznaje się taką, która została zakończona i odebrana. Ten ostatni element decyduje o momencie zrealizowania usługi i tym samym przyjęciu, czy wpisuje się ona w czasookres określony w treści Rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie delegacji ustawowej ujętej w treści art. 25 ust. 2 ustawy Pzp i skorelowanego z nim terminu składania ofert.

1. Poddając analizie dokumenty złożone przez Odwołującego na potwierdzenie wykonania usługi dla Aglomeracji Rybnickiej (zarzut nr 1), w tym w szczególności pismo z dnia 13.07.2018 r. wystawione przez Pełnomocnika Prezydenta Miasta Rybnika ds. Inwestycji i Gospodarki Przestrzennej wskazać należy, iż sam Zamawiający, tj. Miasto Rybnik asystę techniczną zrealizowaną w ramach opracowania studium transportowego Aglomeracji Rybnickiej traktuje jako integralną część tego zamówienia. Z powyższego dokumentu wynika, że zadanie to składało się z dwóch części (opracowania studium transportowego i asysty technicznej w trakcie notyfikacji projektu przez Komisję Europejską) i zostało wykonane w terminach 08.06.2015 r. (1 część) i 31.12.2016 r. (część 2). Jeżeli zatem sam Zamawiający - Miasto Rybnik łącznie prezentuje obie części tego projektu (usługi) to za w pełni uprawnione należy uznać stanowisko Odwołującego, że asysta techniczna była integralnym elementem tego projektu i winno traktować się obie części jako spójną całość z terminem jej zakończenia w dniu 31.12.2016 r. Dodatkowo wystawiony przez Pełnomocnika Prezydenta Miasta Rybnika ds. Inwestycji i Gospodarki Przestrzennej dokument potwierdza należyte i terminowe wykonanie tej usługi, zgodnie z wymogami zamawiającego i obowiązującymi przepisami. Choć rzeczywiście dokument z dnia 23.07.2018 r. wskazuje jako zakończenie datę 16.06.2017 r. to na tym etapie postępowania fakt ten powinien stać się powodem do wezwania Odwołującego do złożenia udokumentowanych wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) i w przypadku nieusunięcia istniejących wątpliwości ewentualnie do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający ma możliwość także zwrócić się w tym zakresie do Miasta Rybnika, jeżeli jak twierdził na rozprawie, istnieje możliwość, że dane ujęte w złożonych przez Odwołującego dokumentach są nierzetelne, czy wręcz nieprawdziwe. Istotnie bowiem w obu tych dokumentach wskazano inne daty zakończenia realizacji asysty technicznej, którą Izba za Zamawiającym (Aglomeracją Rybnicką) uznaje za integralną część tego zadania. Wykluczenie Odwołującego przy istniejących rozbieżnościach w dokumentach wystawionych przez podmiot trzeci należy uznać za przedwczesne przed wyjaśnieniem istniejących wątpliwości.

Wskazaną wyżej asystę techniczną, zgodnie z deklaracją Odwołującego, należy traktować analogicznie jak wskazaną z § 6 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) w ramach niniejszego postępowania gwarancję na wykonanie przedmiotu zamówienia. Stanowi ona bowiem integralny element przedmiotu zamówienia i jej należyte wykonanie decyduje de facto o należyтым spełnieniu świadczenia jako całości.

Tym samym, w ocenie Izby, nawet wskazywane przez Zamawiającego listy referencyjne

wystawione przez Aglomerację Rybnicką wskazują na konieczność łącznego traktowania obu części zamówienia. Do analogicznych wniosków prowadzi analiza przedstawionego

przez Odwołującego wykazu usług oraz złożonych wyjaśnień, i jak wskazywał ten ostatni, wszystkie te dokumenty i oświadczenia winny być odczytywane łącznie. Do ustalenia zatem pozostaje jedynie rzeczywista data zakończenia obu części tego zamówienia.

Jak wskazuje się ponadto w orzecznictwie dokument w postaci referencji nie służy wykazywaniu spełnienia warunków. Za taki dokument należy uznać wykaz usług, stanowiący oświadczenie wiedzy wykonawcy. Jeżeli Zamawiający kwestionuje jego prawdziwość winien wykazać inny stan rzeczy stosownymi dowodami zgodnie z ciążącym na nim ciężarem dowodu, któremu to ciężarowi Zamawiający w niniejszym przypadku nie sprostął. Co istotne do wykazania faktów przeciwnych, jeżeli Zamawiający kwestionuje treść wykazu usług, powinno dojść na etapie wykluczenia wykonawcy. Jak bowiem wskazano na wstępie niniejszego uzasadnienia przedmiotem zaskarżenia w ramach środków ochrony prawnej są czynności podmiotu zamawiającego przedsięwzięte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do listów referencyjnych i oświadczeń własnych wykonawców Izba w całej rozciągłości podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2013 r. KIO 527/13 (LEX nr 1303249), gdzie w uzasadnieniu prawnym zostało wskazane, że:

1. Referencje nie służą wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale potwierdzeniu, że dana dostawa czy usługa została wykonana należycie. Z dokumentu tego nie muszą wynikać ilości, czy rodzaj dostawy, miejsce dostawy, ponieważ wykonawcy nie mają wpływu na treść oświadczeń zamieszczanych w referencjach przez inny, odrębny od wykonawcy, podmiot trzeci.

2. Oświadczenia składane przez wykonawcę w formie wykazu mogą mieć także szerszy zakres, niż wynika to z treści referencji, ale dopóki między tymi dokumentami nie zachodzi wewnętrzna sprzeczność, zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania prawdziwości, czy też raczej prawidłowości informacji z nich wynikających.

Kolejnym wniosek jaki nasuwa się z powyższych tez pozwala na przyjęcie, że dopiero sprzeczność pomiędzy tymi dokumentami pozwala na wszczęcie procedury wyjaśniania lub ustalania przez Zamawiającego rzeczywistego stanu rzeczy. Jak słusznie wskazał na etapie rozprawy Odwołujący Zamawiający w pierwszym wezwaniu opartym o treść art. 26 ust. 4 ustawy Pzp skupił się na usłudze wykonanej dla Miasta Katowice i nie referował w tym piśmie do usługi wykonanej na rzecz Aglomeracji Rybnickiej.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający winien dokonać powtórnego wezwania wykonawcy do złożenia udokumentowanych wyjaśnień, w tym jeżeli zdaniem

Zamawiającego (wg oświadczenia złożonego na rozprawie) dokumenty te budzą jego wątpliwości, co do rzetelności, wyjaśnienia te mogą mieć szerszy zakres i winny zostać poparte dodatkowymi dowodami, np. umową zawartą przez Odwołującego z Miastem Rybnik, czy też innymi dokumentami potwierdzającymi rzeczywisty termin zakończenia asysty technicznej.

2. Co do samego sposobu realizacji przez Odwołującego studium transportowego dla miasta Katowice (zarzut nr 2) w ramach konsorcjum za racjonalne, ze względu na specyfikę tego rodzaju usługi, należy uznać wyjaśnienia Odwołującego (poparte dowodami w postaci dwóch oświadczeń z dnia 16.08.2018 r. wystawionych przez wszystkich członków konsorcjum), że brak jest możliwości przypisania poszczególnym członkom określonych zadań realizowanych w ramach jednego wspólnego zespołu składającego się z osób delegowanych przez wszystkich wykonawców wspólnie realizujących zamówienie. Powyższe wynika ze specyfiki tego typu usługi, jak również z faktu braku ze strony Zamawiającego jakichkolwiek dowodów wskazujących, że rola Odwołującego w tym przedsięwzięciu była marginalna, czy wręcz że pełnił on rolę pozornego uczestnika konsorcjum. Po drugie, nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający na podstawie własnego doświadczenia ma prawo zakładać, że istnieje prawdopodobieństwo takiej formy udziału Odwołującego w realizacji tego zamówienia (dla Miasta Katowice) to kierując się zasadami doświadczenia życiowego trudno jest przyjąć, aby dawni członkowie Konsorcjum (będący uczestnikami obrotu i de facto konkurentami Odwołującego) złożyli wskazane wyżej oświadczenia, jak również aby oświadczenia o

należytem wykonaniu tych zadań złożył Zamawiający (Miasto Katowice). Jedynie na marginesie należy wskazać, że w przypadku referencji wystawionych przez Miasto Rybnik wynika, że zostały one skierowane do Odwołującego - a tam również realizował on zadanie w ramach konsorcjum.

Nadto, co istotne dla oceny działań Zamawiającego, mimo że usługa wykonana przez Odwołującego na rzecz Aglomeracji Rybnickiej również była wykonywana w ramach konsorcjum, co do tej usługi Zamawiający nie miał analogicznych zastrzeżeń jak dla usługi wykonanej na rzecz Miasta Katowice.

Usługa wykonana na rzecz Miasta Katowice, jak wskazywał słusznie Odwołujący, kilkakrotnie przekracza, co do swojej wartości i zakresu świadczenia wymagania Zamawiającego sformułowane w treści SIWZ w ramach warunku udziału w postępowaniu. Zatem racjonalnie należy przyjąć, że nawet o ile nie da się „fizycznie” wyodrębnić zakresu zrealizowanego przez poszczególnych członków konsorcjum (składającego się z trzech podmiotów) to całkiem uzasadnionym założeniem będzie przyjęcie ich proporcjonalnego (a więc równego) udziału w realizacji tej usługi. Z tego też względu przyjąć należy, w ocenie

Łbzy, że Odwołujący wykazał się wymagany przez Zamawiającego doświadczeniem przez wskazanie w wykazie usług zadania obejmującego wykonanie wieloletniego planu rozwoju zintegrowanego systemu transportowego miasta Katowice.

Oceniając jednak charakter tej usługi należy zdecydowanie odejść od formalnej oceny tak zdobytego doświadczenia. Sam fakt i zakres zdobytego doświadczenia nie stanowi bowiem wprost odzwierciedlenia wartości usługi lub jej parametrów technicznych (nie skutkuje bezpośrednim przełożeniem wartości na doświadczenie). Formułowanie bowiem warunków przy uwzględnieniu wartości umowy (stanowiącej de facto cenę zaoferowaną przez wykonawcę) stanowi znaczne uproszczenie i nie stanowi obiektywnego miernika zdobytego doświadczenia.

Co do samego doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum do jego oceny należy każdorazowo podchodzić indywidualnie i brać pod uwagę specyfikę realizowanych czynności oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadania pomiędzy poszczególnych jego członków. W tym bowiem wypadku utworzenie zespołu z pracowników wszystkich członków tego konsorcjum pozwalało, w ocenie Łbzy, na przyjęcie, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Łbza uznała, iż Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż przedwcześnie wykluczył Odwołującego z postępowania, zaniechał wyjaśnienia rozbieżności istniejących w danych zakończenia asysty technicznej realizowanej w ramach usługi na rzecz Aglomeracji Rybnickiej oraz w sposób nieuzasadniony nie uwzględnił jako spełniającej warunki udziału w postępowania w zakresie doświadczenia wskazanej przez Odwołującego usługi zrealizowanej na rzecz Miasta Katowice.

W zakresie wskazanego w odwołaniu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Łbza wskazuje, że Odwołujący nie wykazał w procesie dowodzenia, że doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub doszło do nierównego traktowania wykonawców. Jeżeli bowiem Odwołujący upatruje nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego związanych z warunkami udziału w postępowaniu powinien, w ramach wskazanego wzorca kontroli w postaci art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wykazać, że doszło do zróżnicowania sytuacji wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej, tj. że Zamawiający w identycznych okolicznościach prawnych i faktycznych zastosował odmienne mierniki oceny tej sytuacji, lub w ramach zasady proporcjonalności ujętej w tym przepisie zastosował nieadekwatne działania do celów, jakie zamierzał osiągnąć. W ocenie Łbzy nie doszło w ramach tego zarzutu do wykazania powyższych okoliczności, stąd też zarzut ten podlegał oddaleniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w

sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: