

WYROK

z dnia 19 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

WBP Zabrze Sp. z o.o. ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze i

PxM – Projekt – Południe Sp. z o.o. ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Rybnik ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MP – Mosty Sp. z o.o. ul. Dekerta 18, 30-703 Kraków i FTI Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **WBP Zabrze Sp. z o.o. ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze i PxM – Projekt – Południe Sp. z o.o. ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **WBP Zabrze Sp. z o.o. ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze i PxM – Projekt – Południe Sp. z o.o. ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WBP Zabrze Sp. z o.o. ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze i PxM – Projekt – Południe Sp. z o.o. ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków na rzecz Miasta Rybnik ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Miasto Rybnik prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie dokumentacji projektowej Regionalnej Drogi Racibórz – Pszczyna” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 8 kwietnia 2011 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

6 października 2011 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WBP Zabrze Sp. z o.o. i PxM – Projekt – Południe Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie go z postępowania, mimo iż wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu przedkładając dokument pochodzący od niezależnego podmiotu, potwierdzający prawo do legitymowania się przez Odwołującego doświadczeniem dotyczącym realizacji zadania pn.: „A30 Autoroute PPP Scheme”, którego to dokumentu nie można kwalifikować jako uzupełnienie dokumentów podmiotowych, lecz potwierdzenie oświadczenia złożonego w ramach wyjaśnień,

2) art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą oraz odrzucenie jego oferty, mimo że brak podstaw do tego wobec bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania,

3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP – Mosty Sp. z o.o. i FTI Polska Sp. z o.o., mimo że wobec braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Odwołującego z postępowania, uznania oferty Odwołującego za odrzuconą i odrzucenia jej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także o zasądzenie od

Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert, zatem jest ofertą najkorzystniejszą.

Jako faktyczną podstawę wykluczenia z postępowania Zamawiający podał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1859/11 wezwał on Odwołującego do złożenia wyjaśnień w kwestii uczestnictwa lub jego braku Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania w ramach konsorcjum z Nouvelle Autoroute 30 SJV S.E.N.C. wraz z dowodami na ich poparcie, jednak – zdaniem Zamawiającego – żądane wyjaśnienia nie zostały złożone. Dalej Zamawiający przytoczył wskazówkę zawartą w wyroku, zgodnie z którą wyjaśnienia powinny być oparte nie tyle na oświadczeniu Odwołującego, ale na innych niezależnych dowodach np. kopii lub wyciągu umowy. Zamawiający uznał, że w wyroku Krajowa Izba Odwoławcza nałożyła na niego nakaz, iż w kontekście ewentualnego dokumentu od wystawcy referencji uzupełnionej w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnienia nie mogą prowadzić w konsekwencji do uzupełnienia oferty z uwagi na wyczerpanie trybu art. 26 ust. 3. Odnośnie kwestii uczestnictwa lub jego braku Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania w ramach konsorcjum z Nouvelle Autoroute 30 SJV S.E.N.C. Zamawiający stwierdził, iż zarówno podane w wyjaśnieniach informacje z internetowej strony domowej Nouvelle Autoroute 30, jak i dotyczące osoby Nigela Hailey'a były już uprzednio znane Izbie, zatem nie wniosły niczego nowego do sprawy, zatem uznając, że podane przez Odwołującego okoliczności uzasadniają ewentualną dwuznaczność nowych wyjaśnień oraz ich zaistnienie, jak i brak niezależnych dowodów, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5.

Odwołujący uznał jednak, że z takim stanowiskiem Zamawiającego nie może się zgodzić, a w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień nie przedłożył nowego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiącego uzupełnienie dokumentów podmiotowych, bowiem, jak jednoznacznie podał w piśmie z 20 września 2011 r., nowy dokument referencji nie stanowił uzupełnienia w myśl art. 26 ust. 3, lecz został przedłożony jedynie celem potwierdzenia wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie podmiotów, na rzecz których referencje te zostały wystawione. Podkreślenia wymaga fakt, iż nie zmieniają one w żaden sposób doświadczenia, którym dotychczas legitymował się Odwołujący, tj. doświadczenia przy realizacji zadania „A30 Autoroute PPP Scheme”, lecz w ich treści precyzyjnie wymieniono podmioty, które realizowały to zadanie, tj. Ove Arup & Partners International Limited oraz Arup Canada Inc. Tym samym złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, poparte informacjami zawartymi w dokumencie referencji

z 14 września 2011 r. jednoznacznie potwierdzają, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, która to kwestia stanowiła przedmiot rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1467/11 i KIO 1859/11. Natomiast przytoczony fragment uzasadnienia wyroku z 7 września 2011 r., zgodnie z którym w kontekście ewentualnego dokumentu od wystawcy referencji uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnienia nie mogą prowadzić w konsekwencji do uzupełnienia oferty z uwagi na wyczerpanie trybu art. 26 ust. 3, należy wskazać, że stanowisko to oznacza zakaz modyfikowania przedstawionego już doświadczenia poprzez złożenie nowego wykazu wykonanych usług i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie podanych w wykazie nowych zadań, co jednak nie miało miejsca w przypadku wyjaśnień Odwołującego z 20 września 2011 r.

Podobnie niezasadnym jest twierdzenie, iż informacja ze strony internetowej Nouvelle Autoroute 30 S.E.N.C. była już przedmiotem rozpoznania w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1859/11. Prawidłowe tłumaczenie fragmentów informacji ze stron internetowych wykazanych w tym wyroku potwierdza, że Arup Canada Inc. jedynie brał udział w realizacji przedmiotowej inwestycji jako wykonawca wobec Nouvelle Autoroute 30 CJV S.E.N.C, co wyklucza podstawę założenia o ewentualnym udziale Ove Arup & Partners International Limited w konsorcjum z Nouvelle Autoroute 30 CJV S.E.N.C.

Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia w wytycznych zawartych w wyroku Izby z 7 września 2011 r., ponieważ złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z załącznikami, odniesione do poprzednio udzielonych wyjaśnień eliminują wszelką dwuznaczność co do podmiotu, na rzecz którego wystawiono referencje dla zadania „A30 Autoroute PPP Scheme”, a nadto zostały one poparte dowodem w postaci referencji pochodzących od inwestora, w których jednoznacznie potwierdzono, że Ove Arup & Partners International Limited świadczył usługi wymienione w tych referencjach, co uprawniało go do udostępnienia Odwołującemu zdobytego w ten sposób doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której nie zgodził z zarzutami Odwołującego, wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, że wykonując wyrok z 7 września 2011 r. dokonał powtórnego badania i oceny ofert zgodnie z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu wyroku, które były dla niego bezwzględnie wiążące.

W wyroku tym Izba wskazała, że należy zażądać od Odwołującego wyjaśnień w kwestii uczestnictwa lub jego braku Ove Arup & Partners International Limited w ramach konsorcjum z Nouvelle Autoroute 30 SJV S.E.N.C. wraz z dowodami na ich poparcie, a żądane wyjaśnienia nie zostały złożone. KIO wskazała, że wyjaśnienia powinny być oparte nie tyle na oświadczeniu Odwołującego, co na innych niezależnych dowodach np. kopii lub wyciągu

umowy. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący stwierdził, że nie jest w stanie przedłożyć kopii umowy, ponieważ dokument ten jest chroniony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa, a do wyjaśnień dołączono jedynie nowy dokument referencji pomimo tego, iż Odwołujący znając treść wyroku wiedział, że KIO nałożyła na Zamawiającego nakaz, iż w kontekście ewentualnego dokumentu od wystawcy referencji uzupełnionej w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnienia nie mogą prowadzić w konsekwencji do uzupełnienia oferty z uwagi na wyczerpanie trybu art. 26 ust. 3. Odnośnie przedmiotu wezwania, czyli kwestii uczestnictwa lub jego braku Ove Arup & Partners International Limited w ramach konsorcjum z Nouvelle Autoroute 30 SJV S.E.N.C. Odwołujący stwierdził jedynie, iż nieuprawnionym i zupełnie bezpodstawnym jest założenie zamieszczone w wyroku KIO, a powtórzone w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, jakoby Ove Arup & Partners International Limited winien uczestniczyć w konsorcjum z Nouvelle Autoroute 30 SJV S.E.N.C. W ramach dalszych wyjaśnień Odwołujący odniósł się również do internetowej strony Nouvelle Autoroute 30 oraz osoby Nigela Hailey'a, jednak należy zauważyć, iż ww. informacje były przytoczone we wcześniejszym wyroku KIO, tak więc były już wcześniej znane i rozpatrywane przez KIO i nie rozwiąły wątpliwości Izby, w tej sytuacji ww. informacje nie wniosły więc nic nowego do sprawy. Izba wskazała w treści uzasadnienia wyroku z 7 września 2011 r., że wszelkie okoliczności uzasadniające ewentualną dwuznaczność nowych wyjaśnień oraz ich zaistnienie, jaki i brak niezależnych dowodów, Zamawiający zobowiązany będzie uznać za działanie celowe, co stanowić będzie podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, co Zamawiający wykonał.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MP – Mosty Sp. z o.o. i FTI Polska Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący powołał się na przesłankę zawartą w punkcie 5. tego przepisu, tj. że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby,

jednak Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy kwestia ta musi zostać rozstrzygnięta podczas rozprawy, gdyż, chociaż jest związana z już wydanym przez Izbę wyrokiem (nakazem wezwania do wyjaśnień), czynność Zamawiającego obejmowała również ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i przedłożonego dokumentu, zatem jest nową czynnością Zamawiającego, nie objętą wyrokiem Izby z 7 września 2011 r. i nie może pozostawać poza kontrolą przewidzianą w ramach środków ochrony prawnej (por. np. postanowienie Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 27 stycznia 2007 r., sygn. akt III Ca 583/08).

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dokumentów oraz zaistniałych okoliczności) nie jest sporny.

W odniesieniu do podniesionego zarzutu nieprawidłowego wykluczenia go z postępowania oraz dalszych konsekwencji wykluczenia, Izba nie przyznała racji Odwołującemu.

Jak wynika z treści art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla uznania odwołania za słuszne Izba musi stwierdzić przede wszystkim naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, którego w niniejszym przypadku nie stwierdziła. Zamawiający zobowiązany jest wykonać wyrok Izby. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego zawartej zarówno w informacji o wykluczeniu Odwołującego datowanej na 23 września 2011 r., jak i z odpowiedzi na odwołanie, w ocenie Izby, wynika, że Zamawiający starał się jak najściślej wypełnić polecenia zawarte w wyroku Izby z 7 września 2011 r. Zdaniem Izby uprawniona była również dokonana przez niego ocena przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień oraz dokumentu wystawionego w imieniu Nouvelle Autoroute 30 CJV S.E.N.C. 14 września 2011 r. Poza tym dokument ten niewątpliwie jest nowym dokumentem referencji – podczas gdy możliwość złożenia takiego dokumentu jednoznacznie wykluczono ze względu na niemożność ponownego uzupełnienia tego dokumentu. Należy bowiem podkreślić, że powodem sporu w tym zakresie było nieprawidłowe wystawienie pierwotnego dokumentu ze względu na określenie polecanego wykonawcy w sposób, który nie pozwalał na jego identyfikację. Wbrew twierdzeniu Odwołującego uzupełnienie dokumentu jako instytucja nie oznacza wyłącznie modyfikowania przedstawionego już doświadczenia poprzez złożenie nowego wykazu wykonanych usług i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie podanych w wykazie nowych zadań, lecz także poprawianie błędów w dokumencie. Zatem wykonawca przedstawiając na wezwanie zamawiającego nowy dokument, musi złożyć już dokument bezbłędny. Natomiast dokument,

który został przedstawiony Zamawiającemu – *de facto* poprawiający mankamenty (błąd) pierwotnego dokumentu – jest uzupełnieniem pierwotnego, niepoprawnego dokumentu, a nazwanie go wyjaśnieniami byłoby obejściem przepisu dotyczącego uzupełnienia. Co prawda uzupełnienie takie, jak wynika z oświadczenia Odwołującego, nie było jego celem, lecz jedynie tak należy zakwalifikować osiągnięty przez niego skutek. W niniejszym przypadku została bowiem przekroczona często i intuicyjna granica rozróżniająca wyjaśnienie od uzupełnienia – na którą to potencjalną okoliczność Izba zwróciła uwagę w wyroku z 7 września 2011 r.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła wskazanych przez Odwołującego naruszeń i orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: