

**WYROK**  
**z dnia 22 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant : Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm FCC Construcccion Spółkę Akcyjną z siedzibą w Hiszpanii w Barcelonie, c/Balmes 36 oraz Korporacji Budowlanej Doraco spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Urząd Morski w Słupsku, al. Sienkiewicza 18**

przy udziale:

A. wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135** zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 1151/12 po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovial Agroman Spółki Akcyjnej z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie Campo de las Naciones Ribera del Loira 42** zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 1151/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie w całości,**
2. **Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm FCC Construcccion Spółkę Akcyjną z siedzibą w Hiszpanii w Barcelonie, c/Balmes 36 oraz Korporacji Budowlanej Doraco spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm FCC Construcción Spółkę Akcyjną z siedzibą w Hiszpanii w Barcelonie, c/Balmes 36 oraz Korporacji Budowlanej Doraco spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm FCC Construcción Spółkę Akcyjną z siedzibą w Hiszpanii w Barcelonie, c/Balmes 36 oraz Korporacji Budowlanej Doraco spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovial Agroman Spółki Akcyjnej z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie Campo de las Naciones Ribera del Loira 42** kwotę **3 600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

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 Gdańsku.**

**Przewodniczący:** .....

## Sygn. akt KIO 1151/12

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę brzegów morskich na wschód od portu Darłowo zostało wszczęte przez zamawiającego – Skarb Państwa – Urząd Morski w Słupsku ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczonym w siedzibie zamawiającego i na stronie internetowej oraz opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2011r. za numerem 2011/S 135-224296.

W dniu 24 maja 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum Firm Budimex S.A. i Ferroviał Agroman S.A.

W dniu 4 czerwca 2012r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty odwołanie wniosło Konsorcjum Firm FCC Construcción S.A. i Korporacji Budowlanej Doraco sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji;
- art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferroviał Agroman S.A. w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferroviał Agroman S.A. w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia lutego 2012r.;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego się.

Wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony, bo to oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w lutym 2012r. oferta konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferroviał Agroman S.A. została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej wniósł odwołania załączając materiał dowodowy podważający oświadczenia Konsorcjum. Odwołujący złożył również wniosek o wszczęcie kontroli w w/w

postępowaniu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Prezes UZP przeprowadził kontrolę uprzednią i stwierdził, iż w postępowaniu doszło do naruszenia art. 26 ust. 4 PZP, bowiem istnieją uzasadnione wątpliwości odnośnie wykazania spełniania przez wykonawcę - Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. warunku posiadania niezbędnego doświadczenia do wykonania w/w zamówienia, a mianowicie nie wykazania wykonania w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie m.in. minimum jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego o wartości nie mniejszej niż 30.000.000,00 PLN".

Zakwestionowane zostały roboty, które konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. wskazało w swej ofercie, tj. następujące roboty: „Nabrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbana" oraz „Rozbudowa zewnętrznego doku wschód w Porcie Barcelona". Prezes UZP nakazał Zamawiającemu wezwanie wykonawcy - Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, gdyż przedłożone dokumenty budzą wątpliwość. Na skutek wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień wykonawca ponownie złożył w sprawie protokołu odbioru prac z listopada 2008r., który jest nieważny. Wykonawca złożył także zaświadczenie z października 2007r. jako potwierdzenie, iż Wykonawca do końca 2006 roku wykonał roboty - budowę falochronu „zgodnie ze specyfikacją i oczekiwaniami zamawiającego".

Odwołujący wskazał, iż prace, których dotyczy w/w zaświadczenie dotyczyły wcześniejszego etapu prac związanych z rozbudową doku wschód, bowiem skoro w zaświadczeniu z dnia 25 listopada 2008r. ten sam zamawiający - Port w Barcelonie zaświadczył, że roboty, których dotyczy zaświadczenie polegały na wykonaniu pogłębienia w terenie innym niż skała w celu późniejszego zastąpienia falochronami, to ten sam zamawiający nie mógł zaświadczyć w dokumencie z października 2007r., iż ten falochron został już wykonany. Z zaświadczenia z dnia 10 października 2007r. wynika, że roboty były wykonywane w latach 2003, 2004, 2005 oraz 2006. Zgodnie z SIWZ wykonawca winien był wykazać się wykonaniem robót w okresie pięciu lat poprzedzających złożenie ofert. Termin składania ofert upływał 7 listopada 2011r. Zatem jedynie prace wykonywane od 7 listopada 2006r. mogły stanowić dowód spełniania warunku. Zaświadczenie z dnia 10 października 2007r. dotyczy prac wykonywanych znacznie wcześniej i prace te nie mogą stanowić potwierdzenia spełniania warunku przez Budimex-Ferrovial.

Wobec przedłożenia w ramach wyjaśnień tych samych dokumentów jakie były składane we wcześniejszych etapach postępowania odwołujący z ostrożności procesowej podtrzymał zarzut wcześniej zgłoszony, a dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust 2 pkt 3 ustawy pzp i zaniechania wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A., który w ocenie odwołującego złożył nieprawdziwe informacje.

Odnosząc się do dokumentów złożonych wraz z ofertą odwołujący podniósł, co następuje:

### **NABRZEŻE AZ-3 POZ. 1**

W wykazie pod poz. 1 konsorcjum Budimex S.A.-Ferrovia Agroman S.A. opisało w/w roboty jako „Inwestycję polegającą na budowie falochronu morskiego o długości 600 m, wykonanego w Porcie Bilbao”, wykonaną w okresie od 24 września 2007 r. do 31 marca 2010r. Budimex-Ferrovia złożył nieprawdziwe oświadczenie, bowiem prace, które były wykonywane w ramach kontraktu dotyczyły budowy nabrzeża, a nie falochronu. Wskazać należy, iż w dokumencie zatytułowanym „Projekt nabrzeża AZ -3 przylegającego do falochronu Zierbena P833” wynika, iż celem projektu jest „określenie prac niezbędnych do budowy wyżej wspomnianego nabrzeża w ramach Projektu Przebudowy Portu w Bilbao w El Abra Exterior. Określenie geometrii i objętości bagrowania, geometrii i objętości potrzebnej zasyпки oraz topologii nabrzeża, które będzie zbudowane, o konstrukcji skrzynkowej z betonu zbrojonego z górną częścią konstrukcji z chudego betonu i z betonu zbrojonego w obszarze posadowienia pachołków cumowniczych, jak również zdefiniowanie prac wykończeniowych w strefach poza przystanią”. Jako najważniejsze cechy projektu wskazano „budowę nabrzeża o długości całkowitej około 600 m składającej się z 19 skrzyń (...) pozyskanie około 233.500 m<sup>3</sup> terenu esplanady nabrzeża za pomocą zasyпки”. W dniu 21 lutego 2012r. Odwołujący otrzymał oficjalną informację od Zarządu Portu Bilbao, w której jednoznacznie potwierdzono, iż w ramach prac dotyczący nabrzeża AZ-3 spółka Ferrovia Agroman S.A. nie wykonywała żadnych prac dotyczących falochronu. Dowód ten został uznany za kluczowy przez Prezesa UZP w toku kontroli uprzedniej. Zamawiający wezwał konsorcjum Budimex - Ferrovia do złożenia wyjaśnień odnośnie w/w roboty. Pismem z dnia 10 maja 2012r. konsorcjum Budimex-Ferrovia oświadczył jedynie, iż nie zgadza się z oceną, iż pozycje nr 1 i 2 wykazu wykonanych robót nie potwierdzają warunku spełniania odpowiedniego doświadczenia i wiedzy. Ponadto, wykonawca ograniczył się do gołosłownego stwierdzenia, iż „nabrzeże AZ- 3 pełni funkcję falochronu”.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 PZP to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Pomimo wyraźnie wskazanych przez Prezesa UZP uchybień oraz wobec wezwania przez zamawiającego do złożenia stosownych wyjaśnień wykonawca nie udowodnił, iż roboty wskazane w poz. 1 dotyczyły budowy lub przebudowy falochronu. W świetle powyższego należy uznać, iż roboty z poz. 1 nie spełniają warunku niezbędnego do wykonania zamówienia. Ponadto, należy podkreślić, iż w świetle zgromadzonych dowodów w toku postępowania wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenia oraz wprowadził zamawiającego w błąd. Takie działanie może nosić znamiona czynu zabronionego określonego w art. 297 jak również 305 kodeksu karnego.

### **ROZBUDOWA ZEWNĘTRZNEGO DOKU WSCHÓD POZ. 2**

W pozycji 2 i 15 wykazu konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. wyszczególnił robotę budowlaną o tytule: „Rozbudowa zewnętrznego doku wschód” jako „Inwestycję polegającą na budowie Falochronu Morskiego w Porcie w Barcelonie, natomiast w pozycji 15 jako „Zadanie polegające na rozbudowie nabrzeża morskiego w Barcelonie z użyciem stalowej ścianki szczelnej o długości w planie 1.974 mb, o długości brusa wynoszącej 17 m”. W toku postępowania m.in. wraz z wnioskiem o wszczęcie kontroli przez Prezesa UZP odwołujący wskazał, iż pomiędzy treścią złożonych referencji, a pozycjami 2 i 15 wykazu robót budowlanych istnieją oczywiste sprzeczności. Z treści referencji jednoznacznie wynika, że dotyczą one jedynie prac wykonanych do dnia wystawienia referencji. Prace te polegały na wykonaniu pogłębienia celem późniejszego zastąpienia pogłębienia falochronami. Zatem prace, których dotyczyły referencje nie polegały na budowie falochronu. Na te rozbieżności zwrócił uwagę także Prezes UZP.

Po drugie, Konsorcjum firm Budimex S.A. - Ferrovial Agroman S.A. nie jest w stanie przedłożyć referencji należytego wykonania robót wyszczególnionych w poz. 2 i 15, ponieważ pomiędzy Zarządem Portu w Barcelonie a wykonawcami toczy się spór sądowy w związku z brakiem wykonania robót w sposób należyty i zgodnie z kontraktem. W czerwcu 2010r. w sprawie tej zostało także złożone doniesienie do prokuratury w Barcelonie. Sprawę rozpoznaje Sąd Śledczy nr 5 w Barcelonie. W dniu 28 grudnia 2010r. wykonawcy złożyli odwołanie wobec rozstrzygnięcia sądu. Sprawa jest nadal w toku. Postępowanie sądowe toczące się przed Sądem w Barcelonie dotyczy roszczeń finansowych o zapłatę 40.654 tysięcy EUR wynikających z faktu, iż zamawiający nie uznał za należyte wykonanie narzutu kamiennego w ilości 850.000 ton, który został wykonany bez należytej kontroli jakości, kontroli cech geometrycznych oraz ułożony w sposób nieprawidłowy.

W toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą spółka Budimex S.A. przedłożyła protokoły odbioru prac rzekomo potwierdzające, iż cały zakres robót został wykonany i odebrany przez Port w Barcelonie. Twierdzenia te są sprzeczne z treścią złożonych dokumentów. Dokumenty te stanowią bowiem protokół z odbioru wstępnego, który jest nieważny oraz protokoły zatwierdzające roboty dodatkowe. Ponadto, wskazać należy, iż odbioru końcowego w/w robót dokonano dnia 18 stycznia 2012r. podczas gdy termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał 7 listopada 2011r.

Jako dowód w sprawie przedstawiono wydruk z Dziennika Urzędowego z dnia 13 sierpnia 2011r. wraz z tłumaczeniem, z którego wynika, iż protokół z dnia 18.11.2008r., którym posłużył się wykonawca Budimex-Ferrovial, jest nieważny. Zarząd Portu w Barcelonie anulował wspomniany odbiór, co zostało potwierdzone w Dzienniku Ustaw z 13 sierpnia 2011r.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca - Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. nie przedłożył na wezwanie do złożenia wyjaśnień żadnego nowego

dokumentu poprzestając na głośnym oświadczeniu iż w ramach wskazanych w ofercie zamówień zostały zrealizowane prace potwierdzające spełnienie warunku dotyczącego wykazaniem się budową min. (...) falochronem (...). Wobec niezłożenia wyjaśnień przez wykonawcę - Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. należy uznać, że zamawiający miał obowiązek wypełnić zalecenie Prezesa UZP dotyczące wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcę - Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. .

Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. przedłożyło w toku wyjaśnień dwa nowe zamówienia, które to wydaje się zostały ocenione przez zamawiającego i legły u podstaw ponownemu uznaniu za najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A.

Odwołujący podniósł, że załączone w ramach wyjaśnień dokumenty przez wykonawcę - Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunku dotyczącego budowy falochronu z uwagi na następujące:

#### **STREFA USŁUGOWA W RAMACH OBIEKTÓW PORTOWYCH W STREFIE LINEA DE LA CONCEPTION (CADIZ) POZ. 4**

Wraz ze złożeniem pisma z dnia 10 maja 2012r. konsorcjum Budimex-Ferrovial przedłożyło nowy wykaz robót, który w odniesieniu do robót polegających na budowie lub przebudowie falochronu zawierał prace wykonywane w strefie usługowej w ramach obiektów portowych w strefie Linea de la Conception w obrębie portu nad Zatoką Algeciras. Jako wartość robót wykonawca wskazał kwotę 85.956.294,78 PLN. Pismem z dnia 17 maja 2012r. zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości robót na falochronie wykonanych w Porcie nad Zatoką Algeciras. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień jaka była wartość wykonanego falochronu.

Pismem z dnia 21 maja 2012r. wykonawca wskazał, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie budowy lub przebudowy falochronu rozumie w ten sposób, iż wartość minimalna wskazana w tym postanowieniu SIWZ (pkt 8.1.2.) dotyczy „roboty budowlanej jako takiej”. Odwołujący wskazuje, iż przedmiotowy punkt SIWZ brzmi następująco: „wykonaniem w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie m.in. minimum jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego o wartości nie mniejszej niż 30.000.000.00PLN”. Zapis ten nie budzi wątpliwości, robota budowlana w zakresie wykonywania prac na falochronie winna przedstawiać wartość minimalną nie mniejszą niż 30.000.000.00PLN i musi dotyczyć roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego. Ponadto, w uzupełnionym wykazie robót w poz. 5 wykonawca zamieścił roboty polegające m.in. na budowie falochronu o wartości 30.828.600,00 PLN. Zatem, jeśli wykonawca posłużył się referencjami, które dotyczą także

innego zakresu robót, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż prace dotyczące li tylko falochronu przedstawiały w/w wartość. Po pierwsze na tym etapie postępowania wszelkie wątpliwości wykonawcy odnośnie interpretacji postanowień SIWZ są spóźnione. Po drugie, z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w sposób jednoznaczny wynika, iż wartość robót dotyczących falochronu była znacznie niższa. Z kosztorysu robót podpisanego przez dyrektora inwestycji p. Fernando VilchezVallejo wynika, iż wartość wykonanych prac w rozbiciu na poszczególne pozycje w odniesieniu do falochronu wynosiła 1.474.891,12 EUR - falochron centralny, oraz 1.481.363,04 EUR - falochron W (zachodni). Łączna wartość tych prac jest zatem znacznie niższa niż 30.000.000,00 PLN.

W piśmie z dnia 21 maja 2012r. wykonawca jako roboty dotyczące budowy falochronu zaliczył w sposób nieuzasadniony także następujące pozycje: prace wyburzeniowe i pogłębienie, wyrównanie terenu, krawędź przybrzeżna, zasyпки i nawierzchnie, oświetlenie nawigacyjne.

To na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia on warunki o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP oraz, że nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 PZP. Konsorcjum Budimex-Ferrovial nie sprostало tym wymaganiom. Pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca nie wykazał, iż wartość prac dotyczących budowy falochronu w Porcie w Zatoce Alcerigas wynosiła co najmniej 30.000.000,00 PLN.

#### **PROJEKT ROZBUDOWY PORTU ST. MAARTEN, ANTYLE HOLENDERSKIE POZ. 5**

Z przedstawionych referencji nie wynika wartość zrealizowanego w ramach większej inwestycji falochronu. Zamawiający zaniechał czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Ponadto, Odwołujący podnosi, że oświadczenie Per Aarsleff A/S z dnia 28 października 2011r. zostało podpisane przez p. Johna Szygenda. Do oświadczenia dołączono pełnomocnictwo notarialne z dnia 23 stycznia 2012r. dla p. Johna Szygenda. W konsekwencji złożone oświadczenie jest obarczone wadą wobec braku wykazania umocowania do działania w imieniu Per Aarsleff A/S. Należy w tym miejscu odwołujący wskazać, że zamawiający nie ma możliwości ponownego skorzystania z dyspozycji wynikającej z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, a wobec czego uznać trzeba, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez członków konsorcjum :

- FCC Construcción S.A. z dnia 1 czerwca 2012r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez pełnomocnika lidera – Baldomero Falcones Jaquotot, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lutego 2008r. udzielonego przez Sekretarza Spółki i



Prezesa Zarządu Spółki, ujawnionych w rejestrze handlowym spółki i upoważnionych do reprezentacji, zgodnie z dokumentami załączonymi do odwołania,

- Korporacji Budowlanej Doraco sp. z o.o. z dnia 1 czerwca 2012r. udzielone przez partnera i podpisane przez dwóch członków zarządu partnera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z KRS załączonym do odwołania.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 4 czerwca 2012r.

W dniu 5 czerwca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 6 czerwca 2012r. zgłosiła swój udział w postępowaniu po stronie odwołującego drogą elektroniczną Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego polegający na zapewnieniu przebiegu postępowania zgodnego z przepisami ustawy, a w szczególności z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika – podpisem cyfrowym, weryfikowanym za pomocą ważnego w dacie składania podpisu certyfikatu. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez spółkę i podpisane przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopie przystąpienia zostały przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 6 czerwca 2012r., co strony przyznały na posiedzeniu.

W dniu 8 czerwca 2012r. zgłosiło swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego Konsorcjum firm Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na potrzebie ochrony swojej pozycji w postępowaniu jako wykonawcy wybranego i mającego realną możliwość uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 sierpnia 2011r. udzielonego przez lidera i podpisanego przez prezesa zarządu lidera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z załączonym do zgłoszenia odpisem z KRS. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 29 sierpnia 2011r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez pełnomocnika partnera działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lutego 2011r. udzielonego przez Dyrektora Spółki partnera ujawnionego w rejestrze handlowym Spółki. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 czerwca 2012r., co strony potwierdziły na posiedzeniu.

W dniu 15 czerwca 2012r. zgłaszający przystąpienie Budimex SA i Ferrovial Agroman SA wniósł pismo procesowe, w którym Budimex –Ferrovial Agroman wskazał, że odwołanie wniesione przez Odwołującego w dniu 4 czerwca 2012r. jest już trzecim odwołaniem wnoszonym przez tego wykonawcę na czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty przystępującego do postępowania jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne, przy czym zakres zarzutów podnoszonych przez Konsorcjum FCC w kolejnych odwołaniach jest w dużej części identyczny. W tym zakresie powołał zarzuty i wnioski poszczególnych odwołań oraz istotne w jego ocenie tezy z orzeczeń zapadłych przed Izłą w tych sprawach. Wskazał także na to, że Konsorcjum FCC, równoległe z odwołaniem wniesionym do KIO w dniu 2 marca 2012r., wystąpiło z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęcie kontroli przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne. Konsorcjum FCC, co wymaga szczególnego podkreślenia, we wniosku o wszczęcie kontroli postępowania podniosło identyczne argumenty, jak w swoim odwołaniu, a nadto do obu tych stanowisk załączyło identyczny zestaw dokumentów. W wyniku przeprowadzonej kontroli, stwierdzone zostało naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 2 Pzp poprzez nie zwrócenie się do Konsorcjum Budimex o wyjaśnienie wątpliwości związanych z zakresem prac wykonanych na falochronie Zierbana (poz. 1 wykazu) i terminu wykonania prac związanych z rozbudową falochronu w Porcie Barcelona (poz. 2 wykazu). Zaleceniem pokontrolnym było natomiast wezwanie Konsorcjum Budimex, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu i terminu wykonania robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i cyt. *„w przypadku nieuzyskania od wykonawcy wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunku, Prezes Urzędu zaleca wezwanie ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu doświadczenia o roboty spełniające opisany warunek”*.

Z cytowanych zaleceń przystępujący wyprowadził wniosek, że Prezes UZP nie dopatrył się złożenia nieprawdziwych informacji, gdyż nie zalecił wykluczenia przystępującego z postępowania, ale wezwanie do wyjaśnień. W wykonaniu zalecenia pokontrolnego, Zamawiający unieważnił czynność ponownego wyboru oferty Konsorcjum Budimex, następnie wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do pozycji nr 1 i 2 wykazu robót, zaś po ich uzyskaniu, do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez przedstawienie zadania potwierdzającego posiadanie przez Konsorcjum Budimex doświadczenia w wykonaniu robót polegających na budowie falochronu morskiego. W wykonaniu tego wezwania, Konsorcjum Budimex przedstawiło dwa nowe zadania potwierdzające spełnienie przez nie warunków udziału w niniejszym postępowaniu. Po przedstawieniu powyższego rysu historycznego sprawy przystępujący podniósł, że zarzuty

dotyczące poz. 1 i 2 wykazu robót Konsorcjum Budimex nie mogą stanowić rozstrzygnięcia Izby, gdyż te same okoliczności faktyczne i te same zarzuty Konsorcjum FCC podniosło już w pierwszym odwołaniu złożonym w dniu 27 stycznia 2012r., a powtórzyło w odwołaniu złożonym w dniu 2 marca 2012r. W pierwszym postępowaniu odwoławczym zarzuty te nie zostały uwzględnione przez Izbę (w tym Izba uznała, iż przystępujący nie złożył nieprawdziwych informacji), w drugim Izba odrzuciła odwołanie wskazując, iż nie może ona ponownie rozstrzygać okoliczności faktycznych będących przedmiotem oceny Izby w innym prawomocnym orzeczeniu. Skoro więc Krajowa Izba Odwoławcza już dwukrotnie odniosła się do zarzutów stawianych przez Konsorcjum FCC ofercie przystępującego do postępowania, to zdaniem przystępującego, ponowne rozpoznawanie tych zarzutów stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami rządzącymi postępowaniem odwoławczym, w tym z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej i zasadą związania Izby wydanymi przez siebie orzeczeniami, które korzystają przeciw z powagi rzeczy osądzonej (por. art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp). Dla oceny możliwości rozpoznania zarzutów stawianych w omawianym zakresie przez Konsorcjum FCC, bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż do wyjaśnień z dnia 10 maja 2012r. Konsorcjum Budimex załączyło protokół odbioru prac z listopada 2008r. i zaświadczenie z października 2007r. o wykonaniu falochronu (dot. poz. 2), gdyż dokumenty te były już wcześniej przedkładane przez przystępującego do postępowania zarówno zamawiającemu, jak i KIO, jako materiał dowodowy.

Jednak z ostrożności procesowej przystępujący odniósł się do kwestionowanych pozycji i wyjaśnił, że co do Nadbrzeża AZ-3 - poz. 1 Konsorcjum Budimex nigdy nie twierdziło, iż jest wykonawcą robót budowlanych przy budowie, przebudowie, czy remoncie falochronu „Zierbana”. W oświadczeniu zawartym w wykazie robót załączonym do oferty, jak i w odnoszącej się do niego referencji mowa była wyłącznie o „Nadbrzeżu AZ-3 przylegającym do doku Zierbana”, przy czym owe „nadbrzeże AZ-3” było w tłumaczeniu spornej referencji na język polski zamiennie określane jako „falochron”. Falochron Zierbana, co nota bene wynika z dokumentów pozyskanych przez Konsorcjum FCC, stanowi odrębny element Portu Bilbao, obok nadbrzeża AZ-3 i obok nadbrzeża nr 3. Na tej zasadzie, informacja pozyskana przez Konsorcjum FCC w drodze mailowej od Zarządu Portu Bilbao (mail z 21 lutego 2012r.) nie stanowi potwierdzenia złożenia przez Konsorcjum Budimex nieprawdziwej informacji. Natomiast Konsorcjum Budimex stawiało znak równości pomiędzy budową nadbrzeża i budową falochronu morskiego, z uwagi na to, że w ramach wskazanego zadania były wykonywane prace, które uznać można za właściwe dla budowy falochronu konstrukcja tymczasowa umożliwiająca wykonanie prac właściwych („wewnętrzna przepona falochronowa”) oraz budowa wału z kamienia, który w formie „tamy” łączy falochron Zierbana z nadbrzeżem AZ-3. Również z uwagi na tą okoliczność Zamawiający, jak wynika z

oświadczeń składanych przez niego w toku pierwszego postępowania odwoławczego, uznał sporne zadanie za spełniające warunki udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić można co najwyżej, że Konsorcjum Budimex błędnie przyjęło, iż potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie także zadanie obejmujące prace właściwe dla wykonania falochronu morskiego. W tej sytuacji nie można mówić o złożeniu przez Konsorcjum Budimex nieprawdziwych informacji.

W zakresie rozbudowa zewnętrznego doku wschód - poz. 2 Konsorcjum Budimex podtrzymało swoje wcześniejsze wyjaśnienia, że Zarząd Portu w Barcelonie w dniu 26 listopada 2008r. zatwierdził protokół wstępnego odbioru spornych prac pn.: „Projekt budowlany związany z rozbudową doku wschodniego”, natomiast 17 grudnia 2008r. Zarząd Portu w Barcelonie zatwierdził również rozliczenie finansowe tej umowy, które zamknęło się kwotą 213.020.357,45 euro, przy czym 15.736.233,27 euro uznane zostało za wartość „zwiększonego zakresu prac”. Dziennik Ustaw, który odwołujący przedstawia obecnie jako dokument urzędowy, potwierdza jedynie, że Zarząd Portu w Barcelonie, którego sprawozdanie finansowe zostało opublikowane w tymże Dzienniku Ustaw, podjął w dniu 28 kwietnia 2010r. decyzję o unieważnieniu wstępnego odbioru robót dokonanego dnia 18 listopada 2008r. za kwotę 15.736. tys. euro i postanowił zażądać zwrotu tejże kwoty od wykonawcy w postępowaniu procesowym, a decyzja ta została uwzględniona w sprawozdaniu finansowym publikowanym w Dzienniku Urzędowym. Z przedstawionego dokumentu przy tym jednocześnie wynika, że: Zarząd Portu w Barcelonie nie „unieważnił” całego protokołu odbioru wstępnego, a jedynie protokół odnoszący się do kwoty 15.736 tys. euro, która to kwota, zgodnie z protokołem z dnia 17 grudnia 2008r. odpowiada wartości „zwiększonego zakresu prac”, nadto owe „unieważnienie” w ogóle nie odnosi się wprost do dokumentu sporządzonego przez Zarząd Portu w Barcelonie w dniu 26 listopada 2008r. owe „unieważnienie” jest jedynie oświadczeniem Zarządu Portu w Barcelonie o uchyleniu się od skutków prawnych wcześniej złożonego oświadczenia woli (nie jest to więc nieważność, o jakiej mowa np. w przepisie art. 58 k.c), które będzie dopiero weryfikowane w toku procesu sądowego przeciwko wykonawcy. Również z przedstawianej przez odwołującego notatki prasowej nie wynika, iż spór pomiędzy Portem w Barcelonie a wykonawcami dotyczy jakości robót, skoro mowa jest w tejże notatce wyłącznie o sporze co do rozliczeń, na co *nota bene* zwróciła uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku w sprawie o sygn. akt 179/12. W ocenie przystępującego do postępowania, protokołem odbioru wstępnego z dnia 26 listopada 2008r. (który nawet w świetle dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum FCC nigdy nie został „unieważniony” w całości) potwierdził on, że prace, o których mowa zostały wykonane przed dniem składania ofert w niniejszym postępowaniu i, że zostały one wykonane należycie. Podkreślił nadto, że zamawiający opisując warunek udziału w

postępowaniu nie wymagał, aby robota budowlana, którą legitymuje się wykonawca, była zakończona i rozliczona, a co za tym idzie dokument protokołu odbioru wstępnego, potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko Przystępującego potwierdza przedstawione przez Konsorcjum FCC zaświadczenie z dnia 1 marca 2012r. wystawione przez przedstawiciela Zarząd Portu w Barcelonie - Pana Ramon Griell Bernado. W zaświadczeniu tym stwierdza się bowiem wprost, że cyt.: „odbioru końcowego wspomnianych robót dokonano dnia 18 stycznia 2012 roku, przy czym nie ma zastrzeżeń do aspektów technicznych wykonanych robót. Jednocześnie oświadczam, że istnieje rozbieżność między wykonawcą a zamawiającym odnośnie końcowej wyceny robót faktycznie wykonanych, w związku z czym Zarząd Portu w Barcelonie skierował na drogę sądową rozstrzygnięcie kwestii różnicy między kwotą zapłaconą a kwotą należną za wykonane roboty.” Z dokumentu tego wynika, iż pomimo dokonania odbioru końcowego nadal pomiędzy stronami istnieje spór finansowy, nie odnoszący się jednakże do aspektów technicznych wykonanych robót, niemniej sam odwołujący to ten dokument wskazuje jako dokument pozywający wykonawcy na posługiwanie się spornym doświadczeniem w postępowaniach o zamówienie publiczne. W zakresie zarzutów skierowanych do dodatkowych pozycji wykazu przystępujący podniósł, że zgadza się iż w referencji dołączonej do uzupełnienia oferty w celu potwierdzenia należytego wykonania wskazanego zadania w poz. nr 4 podane są wartości prac w „rozbiciu na pozycje”, gdzie podaje się między innymi wartość dla rozdziału 5 Falochron centralny i rozdziału 7 Falochron W (zachodni), których zsumowanie daje mniejszą wartość niż wartość robót wymaganych zapisami SIWZ. Przystępujący jednak zauważa, że z referencji nie wynika, jakie prace objęte są wskazanymi rozdziałami 5 i 7. Same jednak nazwy poszczególnych rozdziałów wskazują, iż pewne prace branżowe, wspólne dla wszystkich obiektów budowlanych realizowanych w ramach zadania, zostały wydzielone i opisane w osobnych rozdziałach (np. prace wyburzeniowe i pogłębiennie, wyrównywanie terenu, zasyпки i nawierzchnie, oświetlenie nawigacyjne). Skoro na wykonanie „falochronu” składają się różnego rodzaju roboty budowlane, obejmujące nie tylko ułożenie samych elementów falochronu, np. bloków kamiennych, to nie istniały, w ocenie przystępującego, przeszkody ku temu, aby Konsorcjum Budimex do wartości robót określonych w rozdziałach 5 i 7 doliczyło wartości robót z innych rozdziałów, które były niezbędne do wykonania „falochronu” rozumianego jako pewna całość funkcjonalna (obiekt budowlany wraz z instalacjami). Takie też wyjaśnienia przedstawiło Konsorcjum Budimex.

Odnośnie ciężaru dowodu przystępujący zgodził się z odwołującym, iż to wykonawca ma wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast podniósł, że odwołujący, stawiając zarzut, iż wskazane zadanie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w

postępowaniu, powinien po myśli art. 6 k.c. okoliczność tą wykazać. Tak więc to odwołującego obciąża dowód wykazania, iż przystępujący do postępowania nieprawidłowo obliczył wartość robót polegających na budowie, w ramach wskazanego zadania, falochronu. Dowodu takiego odwołujący nie przeprowadził, według przystępującego.

W odniesieniu do pozycji 5 wskazał na wyrok Izby z dnia 26.04.2011r., sygn. akt KIO 744/11, wyroku z dnia 24.02.2012r., sygn. akt KIO 306/12, z których według przystępującego wynika, że z referencji nie musi wynikać ani szczegółowy opis wykonywanych prac, ani ich wartość. Ponadto powołał się na wyrok Izby z dnia 08.12.2011r., sygn. akt KIO 2513/11, w myśl którego zamawiający nie ma podstaw do żądania weryfikacji skuteczności złożonych przez podmioty trzecie oświadczeń woli, może jedynie żądać od wykonawcy w tym zakresie wyjaśnień. Tym samym w ocenie zamawiającego poza zainteresowaniem zamawiającego winno pozostawać, czy p. John Szygenda był umocowany do złożenia w dniu 28 października 2011r. w imieniu spółki Per Aarsleff A/S oświadczenia o udostępnieniu Konsorcjum Budimex potencjału tej spółki. Niemniej jednak przystępujący do postępowania wyjaśniał, iż p. John Szygenda od kilku lat dysponuje pełnomocnictwem od spółki Per Aarsleff A/S do szerokiego reprezentowania jej interesów. Pełnomocnictwa, właściwie o identycznej treści, udzielane są p. John Szygenda na początku kolejnego roku i pozostają ważne przez kolejnych 12 miesięcy. Składając sporne oświadczenie p. Szygenda działał w oparciu o pełnomocnictwo udzielone mu, w formie aktu notarialnego, w dniu 26 stycznia 2011r. Natomiast Konsorcjum Budimex jedynie omyłkowo załączyło do swojego pisma kolejne pełnomocnictwo dla tej osoby. Odnosząc się do argumentu odwołującego, przystępujący wskazał, iż w orzecznictwie dominuje pogląd o jednokrotności wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, niemniej chodzi tu o zakaz ponownego wzywania do wyjaśnień dokładnie w tym samym zakresie (por. wyrok KIO z dnia 06.12.2011r., sygn. akt KIO 2509/11). W innym wyroku Izba wskazuje natomiast, iż chodzi tu o zakaz wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu (wyrok KIO z dnia 12.01.2012r., sygn. akt KIO 2786/11). Oświadczył, że Konsorcjum Budimex nigdy nie było wzywane do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa, a co za tym idzie nawet w razie przyjęcia, że dokument taki mógłby zostać zażądany przez Zamawiającego w trybie art. 25 ust. 3 Pzp, to wezwanie takie nadal jest możliwe, choć z uwagi na tzw. ekonomikę procesową, w świetle dowodów które zostaną okazane na rozprawie, zbyteczne.

W dniu 15 czerwca 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, iż uwzględni w całości zarzuty podniesione przez odwołującego. Zobowiązuje się do powtórzenia wadliwie wykonanych czynności, zgodnie z żądaniem wniesionym przez odwołującego tj. :

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny oferty,
- uznania za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez odwołującego.

Odpowiedź została podpisana przez dyrektora zamawiającego.

W dniu 18 czerwca 2012r. zgłaszający przystąpienie Budimex SA i Ferrovia Agroman SA wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty Budimex – Ferrovia Agroman, wezwania do wyrażenia zgody na poprawienie omyłek z dnia 20 lutego 2012r., zgody przystępującego, wezwania do wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2012r., wyjaśnień przystępującego z dnia 24 kwietnia 2012r., wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 2 maja 2012r., uzupełniania przystępującego z dnia 10 maja 2012r. wezwania do wyjaśnień z dnia 17 maja 2012r., wyjaśnień przystępującego z dnia 21 maja 2012r., protokołu postępowania, odwołania odwołującego 27 stycznia 2012r., dokumentów załączonych na rozprawie w sprawie sygn. akt KIO 179/12, protokołu postępowania w sprawie sygn. akt KIO 179/12, odwołania z dnia 2 marca 2012r., dowodów załączonych na rozprawie sygn. akt KIO 435/12, protokołu postępowania w sprawie sygn. akt KIO 435/12, wniosku odwołującego o wszczęcie kontroli doraźnej i załączonych do niego dowodów, protokołu kontroli i informacji o wyniku kontroli, pełnomocnictwa dla Johna Szygenda z dnia 26 stycznia 2011r. wraz z tłumaczeniem.

#### Na podstawie powyższego Izba ustaliła:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postawił wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia i opisał sposób oceny spełniania tego warunku jako

### **Zdolność techniczna:**

#### Doświadczenie zawodowe:

Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

1) minimum jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego o wartości nie mniejszej niż 30.000.000,00 PLN (trzydzieści milionów złotych) brutto oraz minimum dwóch robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa wałów przeciwsztormowych lub przeciwpowodziowych, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN brutto każda;

2) minimum dwóch robót kafarowych w zakresie wykonawstwa morskich budowli hydrotechnicznych z użyciem pali, o długości nie mniejszej niż 10,00 m każda budowla (minimum 200 sztuk pali w jednym zadaniu); za pal uważa się element konstrukcyjny żelbetowy, stalowy lub drewniany również będący częścią fundamentu pośredniego lub wykonawstwa jednej budowli hydrotechnicznej z użyciem stalowej ścianki szczelnej o długości nie mniejszej w planie niż 1 000 mb, o długości brusa nie mniejszej niż 5 m.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunków zamawiający wymagał przedłożenia dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

W trakcie udzielania wyjaśnień do siwz w odniesieniu do warunku wiedzy i doświadczenia zadano jedno pytanie dotyczące rozbieżności pomiędzy opisem sposobu spełniania warunku podanym w siwz, a treścią wzoru wykazu doświadczenia i zamawiający wyjaśnił, że wymaga minimum jednej (a nie jak w wykazie dwóch) robót polegających na budowie lub przebudowie falochronu.

W ofercie przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie obowiązku wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- 1) minimum jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego o wartości nie mniejszej niż 30.000.000,00 PLN (trzydzieści milionów złotych) brutto oraz minimum dwóch robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa wałów przeciwsztormowych lub przeciwpowodziowych, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN brutto każda przystępujący przedstawił następujące roboty :

- poz. 1 – nadbrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbana inwestycja polegająca na budowie falochronu morskiego o długości 600m wykonanego w porcie Bilbao, Autoridad Portuaria de Bilbao, Port Bilbao w Hiszpanii, okres realizacji 24.09.2007 – 31.03.2010r. wartość robót 37 378 288,34€ czyli 150 795 228,65 pln, realizował konsorcjum Ferrovial Agroman i Excavaciones VDA De Sainz,

- poz. 2 – rozbudowa zewnętrznego doku Wschód – inwestycja polegała na budowie falochronu morskiego w Porcie w Barcelonie – Ministerio de Fomento Autoridad de Portuaria de Barcelona – port w Barcelonie, w Hiszpanii, okres realizacji 04.04.2003-29.10.2008r. wartość robót 220 834 707,95€ czyli 890 913 462,28pln, a w zakresie budowy falochronu 214 689 443,19€ czyli 866 121 620,66pln, realizował konsorcjum Ferrovial Agroman, FCC Construccion, Constucciones Rubau, Copisa Constructora Pirenaica, to samo zadanie wskazano w poz. 15 różni się opisem realizowanych robót – zadanie polegało na rozbudowie



nadbrzeża morskiego w Porcie w Barcelonie z użyciem stalowej ścianki szczelnej o długości w planie 1 974mb, o długości brusa wynoszącej 17m,

- poz. 3 Molo Prat Faza I – w ramach zadania wykonano między innymi budowę falochronu morskiego - Ministerio de Fomento Autoridad de Portuaria de Barcelona – port w Barcelonie, w Hiszpanii, okres realizacji 03.12.2004-31.03.2006r. wartość robót 63 288 397,46€ czyli 255 324 381,87pln, a w zakresie budowy falochronu 18 465 246,76€ czyli 74 494 345,00pln, realizowało konsorcjum Ferrovial Agroman i CYES – przy czym pozycja ta nie była przedmiotem zarzutów odwołania, a jej okres realizacji nie odpowiada postawionym przez zamawiającego wymogom, kończy się wcześniej niż 5 lat od upływu terminu składania ofert.

W zakresie poz. 1 załączono referencję Szefa Działu Konserwacji Władz Portowych Bilbao i Dyrektora Prac Projektu Nadbrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbana, gdzie w pkt. 3 w oryginalnej wersji referencji znajduje się fragment zdania „Las obras consistieron en la construccion de un muelle de 600 metros de longitud (...), który w tłumaczeniu referencji przez wykonawcę został przetłumaczony „Prace polegały na budowie falochronu morskiego o długości 600m(...)”

W zakresie poz. 2 i 15 załączono referencję dyrektora robót „Zmiana projektu budowlanego dla rozbudowy zewnętrznego Doku Wschód” w którym zaświadcza się, że wykonawcze konsorcjum „rozpoczęło ich realizację (robót) w grudniu 2001r. , a obecnie są w fazie wykonawczej. Dotychczas prowadzone roboty zostały wykonane zgodnie ze specyfikacją kontraktową i oczekiwaniami niżej podpisanego. 2. Kwota całkowita robót (bez VAT) dotychczas wykonanych wyniosła 190 374 748,23 euro w latach : 2003, 2004, 2005, 2006, 2007. 3. Roboty, o których mowa w niniejszym zaświadczeniu, polegają na wykonaniu pogłębienia w terenie innym niż skała, formowaniu rowów w celu późniejszego zastąpienia materiału z pogłębienia falochronami. Zakres ww. robót obejmuje wykonanie 1 232 395,075m<sup>3</sup> pogłębienia w rowach. 4. Kwota całkowita (bez VAT) robót ujętych w fazie F-1 roboty morskie (pogłębienie) sięgnęła 5 297 642, 03euro, które zostały wykorzystane w 2003 i 2004. Niniejsze zaświadczenie zostaje wydane w Barcelonie dnia 25 listopada 2008r.”

W dniu 27 stycznia 2012r. odwołujący wniósł odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej wskazując na naruszenia zamawiającego, który

1. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. podlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. podlegających wykluczeniu,

2. nie wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy

Prawo zamówień publicznych, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,

3. nie wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A., którzy świadomie wprowadzili Zamawiającego w błąd, wykazując na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia roboty budowlane wyszczególnione w pozycji 2. i 15. wykazu wykonanych robót jako roboty zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, posiadając jednocześnie pełną wiedzę na temat sporu toczącego się przed sądem w zakresie wykonania tych robót oraz braku możliwości uzyskania pozytywnych referencji w tym zakresie,

4. zaniechał czynności polegającej na wezwaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, odpowiedzialnych za kierowanie budową i robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami, w sytuacji, gdy z załączonego do oferty wykazu sporządzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. nie wynika jednoznacznie, że spełniają oni warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.1.3.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5. nie wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w punkcie 8.1.3.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6. nie odrzucił oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A., którzy w kosztorysie ofertowym wprowadzili trzy nieuprawnione zmiany w stosunku do przedmiarów robót:

a) w poz. 24. przedmiaru dotyczącego budowy wału przeciwsztormowego na mierzei Jeziora Kopań zmieniając opis „Nawierzchnia z płyt wielootworowych – wykonanie podsypki piaskowej” na „Nawierzchnia z płyt wielootworowych – wykonanie podsypki filtracyjnej”, gdzie określenie „podsypka filtracyjna” nie jest określeniem tożsamym do określenia

„podsypka piaskowa”, uwzględnił w kosztorysie ofertowym czynność odmienną od czynności objętej dokumentacją projektową,

b) w poz. 21. przedmiaru dotyczącego budowy wału przeciwsztormowego na mierzei Jeziora Kopań zamiast opisu „Formowanie i zagęszczanie nasypów ziemnych o wys. do 10 m z ziemi dostarczonej samochodami przy użyciu spycharki 110 kW (150 KM) kat. gr. I-II” zawarł opis: „Formowanie i zagęszczanie nasypów ziemnych o wys. do 10 m z ziemi dostarczonej samochodami przy użyciu spycharki 110 kW (150 KM) kat. gr. I-III”, co oznacza, iż w sposób niedopuszczony przez Zamawiającego rozszerzył projektowaną kategorię gruntu.

Zamawiający nie dokonał poprawy dwóch powyższych rozbieżności na podstawie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) poz. 3. i 6. przedmiaru dotyczącego prac saperskich obejmują czynności wydobywania wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze morskim o wielkości od 1,5 l do 20 l oraz wydobywania wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze lądowym o wielkości od 1,5 l do 20 l. W kosztorysie ofertowym uwzględniono jedynie wydobywanie wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze morskim i lądowym o wielkości od 5 l do 20 l w pozycjach 3. i 6. oraz większych w pozostałych pozycjach kosztorysu, pomijając obiekty o wielkości od 1,5 l do 5 l. Brak wyceny tych obiektów stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty, co powoduje, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7. nie udostępnił na pisemny wniosek Odwołującego złożony po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszając art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A.,

2. dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty nie podlegającej odrzuceniu złożonej przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz o

3. uwzględnienie odwołania i zwrot kosztów postępowania.

W toku postępowania odwoławczego strony i przystępujący złożyli następujące dokumenty (w zakresie dotyczącym niniejszego postępowania odwoławczego) :

a) przystępujący Budimex:

- decyzję Zarządu Portu w Barcelonie z dnia 27 listopada 2008r. w której zatwierdzono protokół z odbioru wstępnego dot. umowy na wykonanie robót „Projekt budowlany związany z rozbudową Doku Wschodniego”

- decyzję Zarządu Portu w Barcelonie z dnia 22 grudnia 2008r., z której wynika zatwierdzenie finansowego rozliczenia umowy dot. „Zmiany projektu budowlanego związany z rozbudową Doku Wschodniego” w wysokości budżetu inwestycyjnego netto wynoszącego 213 020 357,45 euro (bez VAT) z którego wynika saldo netto na rzecz wykonawcy w wysokości 15 736 233,27 euro (bez VAT odpowiadające większemu zakresowi wykonanych robót,

- zaświadczenie Dyrektora Robót „Zmiana projektu budowlanego związany z rozbudową Doku Wschodniego”, z którego wynika, że roboty rozpoczęły się w 2001 i są w fazie realizacji, polegały na budowie falochronu celem utworzenia doku na nasypie. Kwota całkowita robót (bez VAT) obejmujących fazę F-2 roboty morskie (falochrony) wyniosła 124 134 143,24 euro wykorzystane w latach 2003, 2004, 2005 i 2006. Zaświadczenie wydano dnia 10 października 2007r.

- zaświadczenie Dyrektora Robót „Zmiana projektu budowlanego związany z rozbudową Doku Wschodniego”, z którego wynika, że roboty rozpoczęły się w 2001 i są w fazie realizacji, polegały na produkcji i późniejszym wylaniu bloków betonowych. Kwota całkowita robót (bez VAT) obejmujących fazę F-3 roboty morskie (betonowe bloki) wyniosła 39 472 876,41 euro wykorzystane w latach 2005 i 2006. Zaświadczenie wydano dnia 10 października 2007r.

- tłumaczenie przysięgłe z języka hiszpańskiego referencji załączonej do oferty dla pozycji nr1, gdzie w pkt. 3 przetłumaczono „Prace polegały na budowie nadbrzeża morskiego o długości 600m”

b) przystępujący/odwołujący FCC Construcción załączył notatkę prasową wraz z tłumaczeniem dotyczącą tego, że Port w Barcelonie domaga się kwoty 40,7 mln euro od konsorcjum Dique ESTE, oraz wydruki dotyczące budowy Nadbrzeża w Bilbao w języku hiszpańskim, oraz Dziennik Urzędowy z 16 listopada 2011r. w języku hiszpańskim.

W zakresie zaskarżenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu roboty związanej z budową lub przebudową falochronu odwołujący w odwołaniu zakwestionował poz. 1, 2 i 15.

W odniesieniu do tych zarzutów na rozprawie przed Izbą powołał :

W wyroku wydanego w tym postępowaniu sygn. akt KIO 179/12 wynika, że Izba nie uwzględniła odwołania w tym zakresie wskazując, że odwołujący nie dowiódł prawdziwości zarzutów złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji. Izba zgodziła się z argumentacją przywołaną przez przystępującego, że w postępowaniu przed Izbą ma zastosowanie zasada ciężaru dowodu wyrażona w art. 6 Kodeksu cywilnego i powtórzona w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym w sytuacji wniesionego odwołania, to na przedstawiającym zarzuty odwołującym, jako podmiocie, który wskazując na dany fakt (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji) wywodzi z tego faktu skutki prawne (obowiązek wykluczenia przystępującego i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych zaniechanie zamawiającego), spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, czyli konieczność przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a konsekwencją poniechania realizacji tego obowiązku jest niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W sprawie sygn. akt KIO 179/12 Izba oczekiwała jako dowodów przedstawienia choćby informacji (oświadczeń) od inwestorów wymienionych w wykazie robót, dokumentacji technicznej lub tym podobnych. Co prawda kwestionowane roboty wykonywane były w Hiszpanii, jednak w skład konsorcjum odwołującego wchodzi podmiot mający siedzibę w Hiszpanii, dodatkowo działający w branży, której roboty dotyczą, więc trudno uznać, że zdobycie tych informacji było niemożliwe. Tymczasem przedstawiony przez odwołującego zarzut, w ocenie Izby w sprawie sygn. akt KIO 179/12, można sprowadzić do cytatu – i argumentu – z jego pisma procesowego, iż przedstawione „informacje budzą wątpliwości”. Rzeczywiście, można się nawet z tym twierdzeniem zgodzić, lecz same

„wątpliwości” nie są wystarczające do stwierdzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do poszczególnych pozycji wykazu Izba zauważyła, że odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje poprawności pozycji 5. i 6. wykazu. Z kolei w odniesieniu do poz. 3., 4., 10. i 11. przystępujący przyznał, że zostały one wykonane w okresie poprzedzającym wymagane 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Co do pozycji 7., 8., 9. przystępujący w piśmie procesowym z 6 lutego 2012 r. oświadczył, że „wykonano konstrukcje hydrotechniczne w postaci wałów ziemnych powstrzymujących napór wody. Z technicznego punktu widzenia konstrukcje te są w istocie odpowiednikiem wału przeciwpowodziowego. Wały wykonywane w ramach zbiorników są dodatkowo projektowane na stały napór wody, przez co są bardziej odporne niż klasyczne ziemne wały przeciwpowodziowe, których zadaniem jest wytrzymanie krótkotrwałego naporu wody.”

Izba zwróciła uwagę, że wymogiem zamawiającego było wykonanie robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa wałów przeciwsztormowych lub przeciwpowodziowych, a nie innych obiektów, podobnych czy nawet „lepszych” lub bardziej skomplikowanych technicznie. Tym samym zamawiający za spełnienie warunku może uznać tylko wykonanie wałów przeciwsztormowych lub przeciwpowodziowych. Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do pozostałych warunków – jeśli Zamawiający wymagał budowy lub przebudowy falochronu morskiego, to nie może brać pod uwagę innych obiektów niż falochron morski. W przeciwnym wypadku naruszałby zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż oferty mogłyby złożyć także podmioty, które wykonały budowle „równoważne”. Izba dodała, że, jeśli wykonawca powołuje się w ramach spełnienia warunku na poszczególne roboty, które stanowią część większej całości, np. elementy budowy/przebudowy portu (tylko falochron, tylko wały lub tylko roboty kafarowe) w celu ich samodzielnego wykazania, to na gruncie brzmienia warunków sformułowanych przez Zamawiającego, co do przedmiotu, wartości, terminu wykonania, potwierdzenia należytego wykonania itd. muszą one spełniać ten warunek. Również to wynika z zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do tłumaczenia słowa „muelle” Izba stwierdziła, iż nawet jeśli we wskazanym zdaniu zostało ono dokonane niepoprawnie, nie oznacza to, że w ramach wykazywanych robót „budowy nabrzeża morskiego”, nie wykonano budowy lub przebudowy falochronu morskiego, jak oświadczył przystępujący w wykazie wykonanych robót – i oświadczenie to powtórzył podczas rozprawy – w każdym razie, jak już stwierdzono powyżej, odwołujący nie wykazał faktu przeciwnego. Co do poz. 2. i 15. wykazu – Izba stwierdziła, że rzeczywiście, można tu zrozumieć istnienie wątpliwości odwołującego, lecz również w tym wypadku nie przedstawił

on żadnych dowodów. Przystępujący oświadczył, że zaistniały z inwestorem spór dotyczył nie wykonania robót niezgodnie ze sztuką budowlaną lub ich nieprawidłowego ukończenia, lecz rozliczeń finansowych – co zresztą wydaje się potwierdzać przedstawiona przez odwołującego notatka prasowa z 13 lipca 2010 r. (nawet niezależnie od faktu, że jest to informacja zaczerpnięta z Internetu), z której wynika, że pomiędzy wartością kwot uprzednio rozliczonych i wartością robót faktycznie wykonanych powstała różnica 40,7 milionów euro, której zwrotu będzie domagał się inwestor (przy tym brak danych, czym ta różnica jest spowodowana). Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający wymagał wykazania tylko jednych robót budowlanych odnoszących się do falochronu morskiego, nawet jeśli z treści kwestionowanych przez odwołującego referencji nie wynika wykonanie robót wskazanych w wykazie albo nie zostały one prawidłowo wykonane lub w ogóle ukończone, ze względu na to, że nie podważono skutecznie pozostałych robót podanych dla wykazania tych części warunków udziału w postępowaniu, co powodowałoby brak wystarczającej liczby wymaganych przez zamawiającego robót, nie ma obecnie podstaw do stwierdzenia, że zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów lub że – nawet jeśli w tym zakresie przedstawiono by nieprawdziwe informacje – że mają one wpływ na wynik postępowania (uznanie warunku udziału w postępowaniu za spełniony).

Podobne stanowisko Izba zajęła w stosunku do poz. 15., gdyż nie wykazano nieprawidłowości pozostałych robót, którymi Przystępujący wykazywał spełnianie warunku w tym zakresie.

Pismem z dnia 20 lutego 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 20 lutego 2012 r. zamawiający poinformował wykonawcę konsorcjum Budimex S.A. o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oczywistych omyłek pisarskich w kosztorysie ofertowym.

Pismem z tego samego dnia wykonawca wyraził zgodę na poprawienie ww. omyłek.

Pismem z dnia 22 lutego 2012 r. zamawiający poinformował, że w wyniku ponownego badania i oceny ofert za najkorzystniejszą została uznana ponownie oferta wykonawcy konsorcjum Budimex S.A.

W dniu 23 lutego 2012r. faksem, a w dniu 24 lutego 2012r. listem poleconym odwołujący Konsorcjum FCC Construccion zwróciła się do zamawiającego o ponowne rozważenie możliwości złożenia przez przystępującego Budimex nieprawdziwych informacji oraz

niewykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia załączając do pisma następujące dokumenty :

- opis Projektu Nadbrzeża AZ-3 przylegającego do falochronu Zierbana wraz z tłumaczeniem,
- Nadbrzeże AZ-3 – rysunki wraz z tłumaczeniem,
- załącznik badania pomiarów falowania i wewnętrznych wstrząsów wraz z tłumaczeniem,
- budżet inwestycji budowy nadbrzeża AZ-3 wraz z tłumaczeniem,
- e-mail z dnia 21 lutego 2012r. od Mario Hernaez Dyrektor ds. Infrastruktury Portu Bilbao, który oświadczył, że roboty związane z nadbrzeżem AZ-3 nie dotyczyły falochronu.
- kopię dokumentacji złożonej przez Budimex tj. decyzje Zarządu Portu Barcelona z 27 listopada 2008r. i 22 grudnia 2008r.,
- wyciąg z Dziennika Ustaw z 13 sierpnia 2011r. obejmującego uchwałę z dnia 29 czerwca 2011r. Zarządu Portu w Barcelonie, z której wynika, że przedsiębiorstwo zaliczyło kwotę 40 654 tys. euro wynikających z robót prowadzonych na falochronie Este do środków trwałych. Zarząd Portu dokonał ponownego oszacowania wartości dokonanych robót, w wyniku czego wyliczona została kwota 40 654 tys. euro. Jednocześnie w tym sprawozdaniu znajduje się informacja, że podjęto decyzję o unieważnieniu wstępnego odbioru robót za kwotę 15 735 tys. euro i zdecydowano zażądać od wykonawcy zwrotu 15 736 tys. euro. W roku obrachunkowym 2010 Zarząd Portu w Barcelonie zainicjował postępowanie procesowe w celu odzyskania kwoty zaliczonej do środków trwałych w budowie.
- notatkę prasową dotyczącą Portu w Barcelonie wraz z tłumaczeniem.

Pismo to przesłano także do Prezesa UZP.

W dniu 2 marca 2012r. odwołujący wniósł kolejne odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 ustawy, poprzez naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wniósł o nakazanie zamawiającemu : unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 lutego 2012r.; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez odwołującego się. Do odwołania załączono te same dokumenty, co do pisma z dnia 23 lutego 2012r. oraz zaświadczenie Inżyniera Kontraktu dla zadania „Rozbudowa



Falochronu Osłonowego w Porcie w Barcelonie” realizowanego przez Konsorcjum Dique Este z dnia 1 marca 2012r., w którym zaświadcza się, że odbioru końcowego wspomnianych robót dokonano 18 stycznia 2012r., przy czym nie ma zastrzeżeń, co do aspektów technicznych wykonanych robót, natomiast istnieje rozbieżność między zamawiającym, a wykonawcą, co do końcowej wyceny faktycznie wykonanych robót.

Izba w dniu 12 marca 2012r. w sprawie sygn. akt KIO 435/12 odrzuciła odwołanie uznając, że podlega ono na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Izba wzięła pod uwagę fakt, iż odwołujący, występujący poprzednio jako ten sam odwołujący, w dniu 27.01.2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 179/12, w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na czynności Zamawiającego polegające na tym, że dokonał w dniu 17 stycznia 2012 r. wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych art. 7 ust. 3, tj. dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez Wykonawcę, firmę Budimex S. A oraz Ferrovial Agroman S. A, podlegającego wykluczeniu, nie wykluczył z postępowania Wykonawcy, firmy Budimex S. A oraz Ferrovial Agroman S. A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4), który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w zakresie posiadania przez Wykonawcę wiedzy i doświadczenia, opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie 8.1.2., nie wykluczył z postępowania Wykonawcy, firmy Budimex S. A. oraz Ferrovial Agroman S. A., który świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd, wykazując na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia roboty budowlane, wyszczególnione w pozycji 2 i 15 wykazu wykonanych robót, jako roboty zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, posiadając jednocześnie pełną wiedzę na temat sporu toczącego się przed sądem w zakresie wykonania tych robót oraz braku możliwości uzyskania pozytywnych referencji w tym zakresie. Przy tak wskazanych czynnościach wraz ze wskazaniem okoliczności tych naruszeń przez zamawiającego odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie między innymi przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.art. 7 ust.3 ustawy i art. 24 ust. 2 pkt.3) i 4) ustawy. W swoim odwołaniu powołał się na okoliczność załączenia do oferty przez Wykonawcę wykazu wykonanych robót obejmujących 15 pozycji. W zakresie pozycji 1 wykazu wskazał, że przystępujący wyszczególnił robotę budowlaną o tytule „Nabrzeże AZ-3 Przylegające Do Doku Zierbana”, którą opisał jako „Inwestycję polegającą na budowie falochronu morskiego o długości 600 m, wykonanego w Porcie Bilbao”, wykonywaną w okresie od 24.09.2007 r. do 31.03.2010 r. podczas, gdy była to budowa nadbrzeża, a nie falochronu. W części dotyczącej pozycji 2 i 15 wykazu zwrócił uwagę, że przystępujący wyszczególnił robotę budowlaną o tytule: „Rozbudowa

Zewnętrznego Doku Wschód”, którą opisał w pozycji 2 jako „Inwestycję polegającą na budowie Falochronu Morskiego w Porcie w Barcelonie, natomiast w pozycji 15 jako „Zadanie polegające na rozbudowie nabrzeża morskiego w Porcie w Barcelonie z użyciem stalowej ścianki szczelnej o długości w planie 1.974 mb, o długości brusa wynoszącej 17m podczas, gdy zachodzi brak zgodności treści opisu zawartego w wykazie wykonanych robót poz. 2 i 15 z treścią załączonych referencji, nie istnieje możliwość jednoznacznego przypisania załączonych referencji do wskazanych pozycji wykazu, a ponadto nie wykazano, że zakres robót objęty pozycjami 2 i 15 został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony, a załączenie referencji wskazujących tytuł inwestycji identyczny z tytułem prac wykazanych w pozycjach 2 i 15 wykazu, stanowi próbę wprowadzenia zamawiającego w błąd, stwarzając nieprawdziwą sugestię, iż wymienione prace zostały wykonane należycie, a w tej kwestii toczy się spór sądowy.

Izba w sprawie sygn. akt KIO 435/12 uznała, że izba wydając w dniu 9 lutego 2012r. wyrok w sprawie sygn. akt KIO 179/12 rozstrzygnęła wyżej opisane zarzuty merytorycznie. Izba w sprawie sygn. akt KIO 435/12 obszernie wskazała fragmenty orzeczenia Izby w sprawie sygn. akt KIO 179/12, które świadczyły w jej ocenie o rozpoznaniu tożsamyh zarzutów odwołującego i są to analogiczne fragmenty, jak powołane w ustaleniach stanu faktycznego niniejszej sprawy w części dotyczącej ustaleń na gruncie postępowania w sprawie sygn. akt KIO 179/12. Izba w sprawie sygn.akt KIO 435/12 uznała, że w tych okolicznościach należy uznać, że odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu powołał się wyłącznie na te same okoliczności, co przedstawione w odwołaniu z dnia 27.01.2012r., które były przedmiotem powołanego wyżej rozstrzygnięcia zawartego w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 9.02.2012r.o sygn. akt KIO 179/12.

W ramach kontroli uprzedniej znak KU 67/12 zakończonej 18 kwietnia 2012r. w protokole kontroli ustalono następujące okoliczności na podstawie przekazanej do kontroli uprzedniej dokumentacji :

- w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej UZP) zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie m.in. minimum jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego o wartości nie mniejszej niż 30.000.000,00 PLN.

Dokonana przez Prezesa UZP analiza załączonego do oferty wykonawcy konsorcjum firm Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A. wykazu wykonanych robót budowlanych wykazała, że spośród wskazanych robót za potwierdzające spełnianie ww. warunku mogły być uznane 2 nw. roboty:

1. Nabrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbena o wartości 150 795 228,65 zł, gdzie zamawiającym był Port Bilbao;

2. Rozbudowa zewnętrznego doku Wschód o wartości 866 121 620,66 zł, gdzie zamawiającym był Port w Barcelonie.

W odniesieniu do ww. roboty nr 1 Prezes UZP zauważył, iż jak wynika z załączonego do odwołania Konsorcjum firm FCC Construcction S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. złożonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 2 marca 2012 r. e-maila Dyrektora ds. Infrastruktury Portu Bilbao p. Mario Hernaez „*w trakcie budowy Nadbrzeża AZ-3 nie prowadzone były żadne roboty na falochronie Zierbena, jedynie wykonano wypełnienie w strefie z nim sąsiadującej przy użyciu właściwych środków technicznych*”.

Ponadto, w odniesieniu do ww. roboty nr 2 Prezes UZP zwrócił uwagę na załączone do ww. odwołania zaświadczenie p. Ramona Griell Bernardo – inżyniera kontraktu dla zadania Rozbudowa falochronu osłonowego w Porcie w Barcelonie z którego wynika, że „*odbioru końcowego wspomnianych robót dokonano dnia 18 stycznia 2012 r.*” (podczas gdy termin składania ofert w kontrolowanym postępowaniu to dzień 7 listopada 2011 r.). Ponadto, z treści referencji dotyczącej niniejszej roboty załączonej do oferty konsorcjum firm Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. wystawionej w dniu 25 listopada 2008 r. wynika, że „*roboty, o których mowa w niniejszym zaświadczeniu polegają na wykonaniu pogłębienia w terenie innym niż skała, formowaniu rowów w celu późniejszego zastąpienia materiału z pogłębienia falochronami*”.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2012 r.(znak: UZP/DKUE/JL/20791/4163/12) Prezes UZP zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie, czy zamawiający działając w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwracał się do wykonawcy lub wystawców referencji o wyjaśnienia dotyczące ww. robót. Pismem z dnia 10 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował Prezesa Urzędu, że nie zwracał się o wyjaśnienia do ww. podmiotów.

Prezes UZP uznał w świetle złożonych wyjaśnień, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający ma obowiązek wezwać, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. O istnieniu takiego obowiązku świadczy użyte przez ustawodawcę pojęcie "wzywa". Podkreślił, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawcy spełniającego opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i gwarantującego należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Realizując ten cel zamawiający ma obowiązek dołożenia należytej staranności w zakresie weryfikacji spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu oceny

spełniania został dokonany przez zamawiającego. Przywołał wyrok Izby z dnia 11 maja 2010 r. (sygn. KIO/UZP 669/10), wyrok Izby z dnia 12 stycznia 2010 r. (sygn. 1817/09). Uznał w konsekwencji, że w związku z przedstawieniem przez wykonawcę Konsorcjum firm FCC Construcction S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. dokumentów poddających w wątpliwość spełnianie przez wykonawcę konsorcjum firm Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. warunku posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania ww. zamówienia, zamawiający miał obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące wykazanych przez wykonawcę robót budowlanych. Niedopełnienie ww. obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i zalecił wykonanie tej czynności, a w przypadku nieuzyskania od wykonawcy wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunku, Prezes UZP zalecił wezwanie ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu doświadczenia o roboty spełniające opisany warunek.

W dniu 20 kwietnia 2012r. zamawiający zwrócił się do przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy o rozwianie wątpliwości dotyczących roboty wykazanej w poz. 1 wykazu Nadbrzeże AZ-3 w związku z e-mailem Dyrektora ds. Infrastruktury Portu Bilbao Mario Hernaez, w którym oświadczone, że w trakcie budowy Nadbrzeża AZ-3 nie prowadzone były żadne roboty na falochronie Zierbana oraz wątpliwości związane z poz. 2 dot. Doku Wschodniego w związku z zaświadczeniem Inżyniera Kontraktu dla zadania Rozbudowa Falochronu osłonowego w Porcie Barcelona, stwierdzającego, że odbioru końcowego wspomnianych robót dokonano 18 stycznia 2012r.

Przystępujący w dniu 24 kwietnia 2012r. wyjaśnił, że :

- w zakresie poz. nr 1 wykazu, iż nie twierdził, że był wykonawcą robót przy budowie, przebudowie, czy remoncie falochronu Zierbana, który jest odrębnym elementem Portu Bilbao, obok nabrzeża AZ-3 i obok nabrzeża nr 3. Stąd nie złożono nieprawdziwych informacji. Podkreślił, że w ramach wskazanego zadania były wykonywane prace, które uznać można za budowę falochronu - konstrukcja tymczasowa umożliwiająca wykonanie prac właściwych oraz budowa wału z kamienia, który w formie „tamy” łączy falochron Zierbana z nadbrzeżem AZ-3, jak również samo nabrzeże pełni w tym wypadku funkcję, obok swojej funkcji właściwej, falochronu

- w zakresie poz. 2 wykazu wyjaśnił, że w dniu 17 grudnia 2008r. Zarząd Portu w Barcelonie zatwierdził rozliczenie finansowe umowy dotyczącej Doku Wschodniego, które zamknęło się kwotą 213.020.357,45 euro, przy czym 15.736.233, 27 euro uznane zostało za wartość „zwiększonego zakresu prac”, a przedstawiony Dzienniku Ustaw potwierdza jedynie, że

Zarząd Portu w Barcelonie, którego sprawozdanie finansowe zostało opublikowane w tymże Dzienniku Ustaw, podjął w dniu 28 kwietnia 2010r. decyzję o unieważnieniu wstępnego odbioru robót dokonanego dnia 18 listopada 2008r. za kwotę 15.736. tys. euro i postanowił zażądać zwrotu tejże kwoty od wykonawcy w postępowaniu procesowym. Oznaczył to, zdaniem przystępującego, że nie został unieważniony cały wstępny protokół odbioru, a jedynie protokół w części dotyczącej kwoty 15 736 tys. euro. Z notatki prasowej nie wynika, iż spór pomiędzy Portem w Barcelonie a wykonawcami dotyczy jakości robót, skoro mowa jest w tejże notatce wyłącznie o sporze co do rozliczeń, na co nota bene zwróciła uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku w sprawie o sygn. akt 179/12. Zdaniem przystępującego w niniejszej sprawie bezsporne było to, iż powyżej wskazane zadanie obejmowało wykonanie robót polegających na budowie falochronu odpowiadających warunkowi udziału w postępowaniu. Sporne było jedynie to, czy przystępujący może wykazać się należytych wykonaniem tychże prac oraz ewentualnie to, kiedy owe prace zostały ukończone. W ocenie przystępującego, protokołem odbioru wstępnego z dnia 26 listopada 2008r. (który nawet w świetle dokumentów przedstawionych przez FCC Construcción nigdy nie został „unieważniony” w całości) potwierdził on, że prace, o których mowa zostały wykonane przed dniem składania ofert w niniejszym postępowaniu i, że zostały one wykonane należyte. Zarząd Portu w Barcelonie, nigdy natomiast nie „wycofał” się z protokołu odbioru wstępnego z dnia 26 listopada 2008r. odnoszącego się do jakości prac, a jedynie „unieważnił” część rozliczenia finansowego - odbioru wstępnego z dnia 17 grudnia 2008r. dotyczącego robót dodatkowych, co potwierdza zaświadczenie załączone przez FCC Construcción do jej odwołania sporządzone w dniu 1 marca 2012r. przez przedstawiciela Zarząd Portu w Barcelonie - Pana Ramon Griell Bernado. W zaświadczeniu tym stwierdza się bowiem wprost, że cyt.: „odbioru końcowego wspomnianych robót dokonano dnia 18 stycznia 2012 roku, przy czym nie ma zastrzeżeń do aspektów technicznych wykonanych robót. Jednocześnie oświadczam, że istnieje rozbieżność między wykonawcą a zamawiającym odnośnie końcowej wyceny robót faktycznie wykonanych, w związku z czym Zarząd Portu w Barcelonie skierował na drogę sądową rozstrzygnięcie kwestii różnicy między kwotą zapłaconą a kwotą należną za wykonane roboty.”

Z dokumentu tego wynika, iż pomimo dokonania odbioru końcowego nadal pomiędzy stronami istnieje spór finansowy, nie odnoszący się jednakże do aspektów technicznych wykonanych robót. Nadto zaś, dokument ten nie pozbawia mocy dokumentu z dnia 26 listopada 2008r., skoro jedna data odnosi się do dokonania odbioru wstępnego, druga zaś do dokonania odbioru końcowego. W ocenie przystępującego nie istnieją przeszkody ku temu, aby datę odbioru wstępnego prac o wartości niespełna 200.000 tys. euro (obejmujących

wykonanie falochronu) przyjąć za datę wykonania tychże robót, skoro procedura dokonywania odbiorów w ramach tejże umowy była kilkuetapowa.

W wyniku tych wyjaśnień zamawiający w dniu 2 maja 2012r. wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów, polegającego na złożeniu wykazu wykonanych robót budowlanych (zgodnego w treści ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ) w zakresie budowy lub przebudowy falochronu morskiego oraz dokumentów potwierdzających, że te roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, gdyż jak wskazał w uzasadnieniu nadesłane przez przystępującego wyjaśnienia nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego odnośnie:

1. Roboty referencyjnej pn. Nabrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbana (nr 1 zestawienia robót referencyjnych) - Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić jakie, ze wskazanych wykonanych budowli w tej inwestycji, odpowiadają definicji falochronu podanej w *Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998r, Dz. U. nr 101 z dnia 6 sierpnia 1998r, poz.: 101* oraz jakie funkcje i elementy niniejszych budowli wskazują, że jest to budowla zdefiniowana jako falochron w przedmiotowym rozporządzeniu.

2. Roboty referencyjnej pn. Rozbudowa zewnętrznego doku wschód - Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy:

- niniejsze roboty zostały wykonane w całości (zakres umowny robót budowlanych) w wymaganym terminie i z zachowaniem wymogów terminowych określonych w SIWZ dot. robót referencyjnych;
- niniejsze roboty zostały wykonane w całości z zachowaniem wymaganej jakości tych robót oraz że Inwestor w tym zakresie nie wnosi uwag do jakości wykonanych robót (zakres umowny robót budowlanych) w wymaganym terminie i zachowaniem wymogów terminowych określonych w SIWZ dot. robót referencyjnych.

Zamawiający wezwał do wykazania się wykonaniem innej roboty budowlanej w zakresie budowy lub przebudowy falochronu morskiego, spełniającej warunek zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia określony w pkt 8.1.2.1 siwz.

W dniu 10 maja 2012r. przystępujący złożył uzupełnienie dokumentów. Podniósł, że nie zgadza się z dokonaną przez zamawiającego oceną, iż pozycje nr 1 i 2 wykazu wykonanych robót nie potwierdzają spełnienia warunku odnoszącego się do posiadania wiedzy i

doświadczenia w wykonaniu 1 (jednej) roboty budowlanej, której przedmiotem byłaby budowa lub przebudowa falochronu morskiego.

Podtrzymał stanowisko, iż nadbrzeże AZ-3 pełni funkcję falochronu w rozumieniu przywołanych przez Państwa przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie.

Odnosnie pozycji nr 2, przedłożył po raz kolejny zaświadczenie z dnia 10 października 2007r. wystawione przez przedstawiciela Zamawiającego -Władz Portowych w Barcelonie, decyzję Zarządu Portu w Barcelonie z 27 listopada 2008r. i decyzję Zarządu Portu w Barcelonie z dnia 22 grudnia 2008r. Wskazał na orzecznictwo Izby tj. wyrok KIO z dnia 27.05.2011r., sygn. akt KIO 1013/11, wyroku z dnia 7 września 2010r., sygn. akt 1806/10, wyrok z dnia 13.06.2011r., sygn. akt KIO 1127/11 i podniósł, że referencja ma jedynie potwierdzać należyte wykonanie, a nie inne okoliczności wskazane w wykazie robót, przy inwestycjach wieloletnich można wykazywać się doświadczeniem w realizacji wyodrębnionego, zakończonego i odebranego etapu robót, a zamawiający powinien oceniać ofertę na podstawie całokształtu załączonych dokumentów. Podniósł, że oceny tej nie zmienia okoliczność, iż pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym - Portem w Barcelonie - trwa spór co do rozliczenia tejże umowy, skoro jak wskazywano w poprzednich wyjaśnieniach spór ów dotyczy nie całości prac objętych protokołem odbioru, a jedynie tzw. prac dodatkowych. W pozostałym zakresie Zamawiający nie wycofał się ze swoich wcześniejszych oświadczeń i uważa je za wiążące. Złożył jednak nowy wykaz robót budowlanych (*zgodny w treści ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ*) zawierający dodatkowe pozycje potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wraz z wykazem przedłożył :

1. Referencje wystawione przez Alcaidesa Servicios S.A. w dniu 05 lipca 2011r. dotyczące projektu pod nazwą „Strefa usługowa w ramach obiektów portowych w Strefie Linea de la Concepción, w obrębie Portu nad Zatoką Algeciras, na potrzeby żeglugi, handlu i rekreacji”;
2. Referencje wystawione przez St. Maarten Harbour Holding Company N.V. w dniu 04 września 2009r. dotyczące projektu pod nazwą „Projekt rozbudowy Portu St. Maarten”;
3. ZOBOWIĄZANIE do udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wykazie wskazano dwie nowe pozycje tj. :

- poz. nr 4 – Strefa usługowa w ramach obiektów portowych w strefie Linea de la Concepcion w obrębie Portu nad Zatoką Algeciras, na potrzeby żeglugi, handlu i rekreacji – w ramach zadania wykonano między innymi przebudowę falochronu morskiego w Porcie nad Zatoką Algeciras na rzecz Alceidesa Servicios SA. – w Porcie nad Zatoką Algeciras, w okresie 14 sierpnia 2008r. do 30 sierpnia 2010r. o wartości 21 306 371, 56€ tj. 85 956 294, 78 pln. – wykonawca Ferrovial Agroman SA,

- poz. 5 – Projekt rozbudowy Portu St. Maarten Antyle Holenderskie – w ramach zadania wykonano między innymi budowę falochronu morskiego (narzut kamienny z osłoną bloków typu Accropode), w ramach inwestycji wykonano również: budowę pirsu wycieczkowego o dł. 450 m, budowę nadbrzeża Terminalu Towarowego dł. 300m (ściana frontowa nadbrzeża wbijana, podwiercana, stalowa ścianka szczelna typu combi-wall) oraz rekultywacja gruntu, pogłębianie, umocnienie skarpy i inne prace dodatkowe na rzecz St. Maarten Harbour Holding Company N.V. w Porcie ST. Maarten Antyle Holenderskie w okresie 01.10.2007-28.04.2009r. o wartości robót 64 mln USD, w tym w zakresie falochronu 10 800 tys. USD,. Co stanowi 182 688 tys. pln, a w zakresie falochronu 30 828 600pln, wykonawca Konsorcjum Per Aarsleff A/S i Ballast Nedam N.V.

W zakresie poz. 4 przedstawiono zaświadczenie Inżyniera Budownictwa Lądowego i Wodnego, Dyrektora przedmiotowej inwestycji z dnia 5 lipca 2011r., z którego wynika, że wykonywano falochrony centralny i zachodni, odpowiednio o wartości 1 474 891,12 € i 1 481 363,04€ oraz inne prace np. wyburzeniowe i pogłębieniowe, wyrównanie terenu, krawędź przybrzeżna, nadbrzeże SW, stały pirs, terminal promowy, zasypki i nawierzchnie, oświetlenie nawigacyjne, pirsy pływające, elementy kotwiczenia i cumowania, instalacje, prace ogrodnicze i elementy drobnej architektury, urządzenia, analiza warunków BHP, prace zamienne i dodatkowe oraz opis inwestycji.

W zakresie poz. nr 5 załączono referencję z 4 września 2009r. z której wynika, m. in wykonanie budowy falochronu, narzutu kamiennego z osłoną z bloków typu Accropode, wartość całości inwestycji to 64 mln USD, a oświadczone, że prace zostały wykonane w terminie w sposób w pełni satysfakcjonujący klienta i udzielono najlepszej rekomendacji. Załączono także pełnomocnictwo firmy Per Aarsleff a/s dla Johna Szygenda z dnia 23 stycznia 2012r. wraz z tłumaczeniem oraz zobowiązanie Per Aarsleff a/s do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, wraz z tłumaczeniem. Zobowiązanie zostało podpisane przez Johna Szygenda.



W dniu 17 maja 2012r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do pozycji „Strefa usługowa w ramach obiektów portowych w strefie Linea de la Concepcion w obrębie Portu nad Zatoką Algeciras, na potrzeby żeglugi, handlu i rekreacji”, gdyż ze złożonego wykazu nie wynika wprost spełnianie warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.1.2.1 siwz, wątpliwości zamawiającego budziła wartość przebudowy falochronu w Porcie nad Zatoką Algeciras, która nie została podana wprost, ani nie wynika w sposób jednoznaczny ze złożonych referencji.

Przystępujący w dniu 21 maja 2012r. wyjaśnił, że przy czym wobec braku ze strony zamawiającego jakichkolwiek zastrzeżeń do obecnej poz. 5 wykazu robót -zadania polegającego na rozbudowie Portu St. Maarten - uznaje, że już samą tą pozycją wykazał spełnienie spornego warunku. Podtrzymał wcześniejszą argumentację, iż pierwotnie wskazane w ofercie zadania, między innymi zadanie opisane w pozycji 2 wykazu robót - polegające na Rozbudowie zewnętrznego doku wschodniego w Porcie Barcelona - potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Uważał, że zadanie opisane w poz. 4 wykazu traktować należy jako zadanie dodatkowo wskazujące na posiadanie przez niego szerokiego doświadczenia w zakresie budownictwa hydrotechnicznego, w tym odpowiadającego zakresem i złożonością przedmiotowej inwestycji. Wskazał, że warunek udziału opisany w pkt 8.1.2. SIWZ rozumiał w ten sposób, że wartość minimalna wskazana w tym postanowieniu dotyczy roboty budowlanej jako takiej. Stąd, w wykazie robót jako wartość robót, przyjął wartość całej umowy, zwłaszcza, iż w tym zadaniu budowa falochronów była istotnym elementem umowy. Wartość prac związanych z budową falochronu nie jest w załączonych referencjach zebrana w jednej pozycji stąd trudno podać dokładną jej wysokość, dlatego nie wpisał jej w wykazie cen. Roboty które należy uznać za elementy składowe falochronu są zawarte w różnym procencie w następujących pozycjach wymienionych w ostatnim akapicie referencji: Rozdział 1 Prace wyburzeniowe i pogłębienie, Rozdział 2 Wyrównanie terenu, Rozdział 3 Krawędź przybrzeżna, Rozdział 5 Falochron centralny, Rozdział 7 Falochron zachodni, Rozdział 11 Zasyпки i nawierzchnie oraz Rozdział 12 Oświetlenie nawigacyjne i po zsumowaniu przekraczają wartość 9,5 milionów Euro z VAT czyli po przeliczeniu ok. 38 milionów złotych brutto.

Na rozprawie odwołujący złożył Dziennik Ustaw z 13 sierpnia 2011r. o treści w zakresie rozliczenia inwestycji Port w Barcelonie tożsamej z Dziennikiem Ustaw z dnia 16 listopada 2011r. załączanego na wcześniejszych etapach postępowania.

Przystępujący przedłożył pełnomocnictwo Per Aarsleff a/s z 26 stycznia 2011r. dla Johna Szygenda wraz z tłumaczeniem.

### **Izba zażyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia, tak po stronie odwołującego jak i zamawiającego spełniają wymagania art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jego oferta nie została odrzucona, a on sam wykluczony w postępowaniu. W rankingu ofert jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu po przystępującym. Jego odwołanie zmierza do wyeliminowania oferty przystępującego z postępowania, a zatem w przypadku jego uwzględnienia ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał na realizacji zamówienia. W ocenie Izby przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Zarzut nie potwierdził się.

Zarzut ten jak stwierdził odwołujący na rozprawie był popierany przez niego jedynie z ostrożności procesowej. Izba zauważa, że zarzut ten był podniesiony w odniesieniu do zaniechania zamawiającego polegającego na zaniechaniu wykluczenia przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w odniesieniu do poz. 1, 2 i 15 wykazu wykonanych robót. Zarzut ten był już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 179/12 zakończonej wydaniem wyroku w dniu 9 lutego 2012r., w tej części oddalającego odwołanie. Izba w całej rozciągłości podtrzymuje stanowisko Izby wyrażone w postanowieniu z dnia 22 marca 2012r. w sprawie sygn. akt KIO 435/12, że odwołujący FCC Construcccion – Doraco powołuje się w tym zakresie na te same okoliczności, które były już przedmiotem jego odwołania w sprawie sygn. akt KIO 179/12, a fakt ujawnienia się nowych dowodów na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie spowodował, w tym konkretnym przypadku nastąpiła zmiana okoliczności, które stały się podstawą zarzutu w odwołaniu z dnia 27 lutego 2012r. wniesionym w sprawie sygn. akt KIO 179/12 w we wszystkich trzech odwołaniach odwołujący podnosił te same okoliczności tj. oświadczenie nieprawdziwych informacji w odniesieniu do poz. 1 wykazu, że przystępujący Budimex-Ferrovial Agroman wykazał wykonanie falochronu w ramach Nadbrzeża AZ-3, oświadczenia nieprawdziwych informacji,

co do terminu wykonania falochronów w zakresie poz. nr 2 i 15 – rozbudowy zewnętrznego Doku Wschód oraz co do należytego wykonania tej inwestycji, a w konsekwencji zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman z postępowania. Tym samym w ocenie Izby przedmiotowe zarzuty nie mogły w niniejszej sprawie podlegać merytorycznemu rozpoznaniu z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy. W ocenie Izby nie ma racji odwołujący podnosząc, że w tym zarzucie doszło do powstania nowych okoliczności, które uzasadniłyby możliwość ponownej kontroli odwoławczej przez Izbę postawionych przez odwołującego zarzutów. Taką okolicznością nie może być bowiem wykonanie przez zamawiającego czynności z dnia 20 kwietnia 2012r. tj. wezwania przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman do wyjaśnień w wykonaniu zalecenia pokontrolnego Prezesa UZP, gdyż w wyniku tej czynności nie ujawniły się żadne nowe okoliczności, które powodowałyby przyjęcie, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu. Również Prezes UZP w ramach kontroli uprzedniej znak KU 67/12 nie stwierdził, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje i nie zalecił wykluczenia przystępującego Budimex –Ferrovial Agroman z postępowania. Wobec powyższego w ocenie Izby brak było podstaw dla uznania dopuszczalności merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że przystępujący Budimex-Ferrovial Agroman konsekwentnie od momentu rozprawy w sprawie sygn. akt KIO 179/12 utrzymywał, że nie wykonywać w ramach poz. 1 wykazu budowy czy przebudowy falochronu Zierbana, ale wskazywał, że uważa tę robotę za robotę odpowiadającą swoim zakresem i rodzajem postawionemu warunkowi wykazania się robotą polegającą na budowie lub przebudowie falochronu.

W tych okolicznościach można co najwyżej oceniać złożone przez przystępującego wraz z ofertą oświadczenia w kontekście wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu i tu rację ma odwołujący wywodząc za wyrokiem Izby w sprawie sygn. akt KIO 179/12, że za spełniające warunek udziału w postępowaniu można uznać tylko takie roboty budowlane, które polegały na przebudowie lub budowie falochronu, a nie roboty równoważne takim robotom. Z tego względu interpretację siwz przyjętą przez przystępującego Budimex – Ferrovial Agroman należy uznać za błędną. Nie przesądza to jednak o złożeniu nieprawdziwych informacji. Nadto nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że przystępujący Budimex-Ferrovial Agroman w tej pozycji rzeczywiście oświadczył nieprawdę, to informacja ta musiałaby być jeszcze oceniona pod kątem tego czy miała lub czy mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

W zakresie poz. 2 i 15 wykazu również brak jest podstaw do uznania, że przystępujący Budimex-Ferrovial Agroman złożył nieprawdziwe informacje, gdyż niewątpliwym jest, że w ramach tej pozycji wykonywano falochrony, świadczy o tym zaświadczenie Dyrektora Robót

„Zmiana projektu budowlanego związana z rozbudową Doku Wschodniego” z dnia 10 października 2007r., gdzie wyraźnie stwierdzono wykonanie fazy F-2 roboty morskie – falochrony. Również wartość robót, których przedmiotem było wykonanie falochronów odpowiadała wymaganiom zamawiającego. W przypadku tej pozycji wykazu zachodzą wątpliwości co do tego, czy zadanie zostało zakończone i kiedy oraz czy roboty zostały wykonane należycie. Jednak trudno jest w ocenie Izby uznać, że przystępujący Budimex-Ferrovial Agroman złożył w tym zakresie nieprawdziwe informacje, gdyż wystawcy referencji i zaświadczeń związanych z tą inwestycją posługują się różnymi nazwami dla projektu :

- Projekt budowlany związany z rozbudową Doku Wschodniego – decyzja Zarządu Portu w Barcelonie z 27 listopada 2008r. o akceptacji protokołu odbioru wstępnego,
- Zmiany projektu związanego z rozbudową Doku Wschodniego – decyzja Zarządu Portu w Barcelonie z 22 grudnia 2008r. i zaświadczenia Dyrektora tych robót z 10 października 2007r.
- Rozbudowa falochronu osłonowego w Porcie Barcelona – zaświadczenie Inżyniera Kontraktu z 1 marca 2012r.

Z tych dokumentów można wywieść tylko jednej wniosek, że zaświadczenie z 1 marca 2012r. nie wskazuje na wykonanie prac związanych z rozbudową Doku Wschodniego, zatem zachodzi wątpliwość, czy wskazana w tym piśmie data odbioru końcowego (która stała się m. in. podstawą zaleceń pokontrolnych Prezesa UZP) odnosi się do tego samego zadania inwestycyjnego, co wskazane w poz. 2. Tym samym na podstawie powyższego materiału brak jest podstaw do jednoznacznego przyjęcia, że doszło do złożenia nieprawdziwych informacji w odniesieniu do poz. nr 2.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że odwołanie w tym zarzucie nie może zostać uwzględnione.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba dokonała analizy zgromadzonego materiału dowodowego pod kątem zasadności podniesionego zarzutu w odniesieniu do poz. 1, 2 i 15. Izba stwierdziła, że w tym zakresie należy przyznać rację odwołującemu, że zwrócenie się przez zamawiającego w dniu 20 kwietnia 2012r. do przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy i ocena tych wyjaśnień przez zamawiającego, spowodowały powstanie nowych okoliczności sprawy, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia w postępowaniu sygn. akt KIO 179/12 i

KIO 435/12. Przede wszystkim Izba uznała, że o ile Izba nie jest związana wynikami kontroli Prezesa UZP, to protokół kontroli powinien być brany pod uwagę Izby jako materiał dowodowy w sprawie, na który powoływały się tak strony postępowania odwoławczego jak i uczestnicy, a nadto czynność zamawiającego stosującego się do zaleceń pokontrolnych jest czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która podlega kontroli Izby w postępowaniu odwoławczym. Należy ją potraktować tak samo, jak każdą czynność zamawiającego dokonywaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, aż do upływu terminu związania ofertą. Tak samo nowe okoliczności mogą być podstawą czynności zamawiającego w sytuacji, gdy z inicjatywy wykonawców uczestniczących w postępowaniu poweźmie informacje mające znaczenia dla prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, czy informacje stanowiące podstawę czynności zamawiającego zostaną pozyskane dzięki samodzielnej inicjatywnie zamawiającego (np. poprzez zwrócenie się do właściwych organów, innych zamawiających czy powołanie biegłego), czy wreszcie takie czynności mogą wynikać z zaleceń uprawnionych organów kontrolnych. Tym samym rację ma odwołujący, że taką czynność zamawiającego należy ocenić z uwzględnieniem zgromadzonego materiału dowodowego. O ile Izba nie uznała za dopuszczalne rozpoznania zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, z uwagi na to, że czynność zamawiającego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy nie wpływała na tożsamość okoliczności odwołania w tym zarzucie, to w ocenie Izby taka sytuacja ma miejsce w ramach zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż to zamawiający na skutek ustaleń kontroli znak KU 67/12 powziął wątpliwość, co do spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu.. Ta okoliczność była nowa w postępowaniu i musiała być zatem przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Jednak Izba doszła do przekonania, że zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego Budimex –Ferrovial Agroman jest bezzasadny w odniesieniu do poz. 1, 2 i 15 wykazu. Izba zwraca uwagę na to, że zamawiający na skutek złożonych wyjaśnień przez przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman w dniu 24 kwietnia 2012r. doszedł do przekonania, że wyjaśnienia te nie usuwają jego wątpliwości, co do wykazania się przez przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman spełnianiem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w budowie lub przebudowie falochronu o wartości przekraczającej 30 mln zł. i wezwał przystępującego do uzupełnienia wykazu poprzez wykazanie się wykonaniem innej roboty budowlanej. Wynika to wprost z pisma zamawiającego z dnia 2 maja 2012r. W piśmie tym, wbrew stanowisku przystępującego Budimex –Ferrovial Agroman wyrażonym na rozprawie zamawiający konkretnie wskazał, jakie wątpliwości związane z robotami wskazanymi w poz. 1, 2 i 15 nie zostały wyjaśnione i dlaczego tych robót nie uznaje za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Tak jednoznaczna treść wezwania z dnia 2 maja 2012r., w

ocenie Izby przesądza o tym, że zamawiający dokonując oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman, nie brał pod uwagę jako spełniających warunek postawiony w pkt 8.1.2.1 siwz doświadczeń wykazanych przez przystępującego w poz. 1, 2, 15. Tym samym w dacie wnoszenia odwołania brak był w tym przedmiocie sporu pomiędzy odwołującym, a zamawiającym. Z tego względu nie sposób przypisać zamawiającemu zaniechanie zarzucane mu przez odwołującego w odniesieniu do tych pozycji wykazu.

Izba oceniła następnie przedstawione przez przystępującego Budimex –Ferrovial Agroman doświadczenia wskazane w poz. 4 i 5 uzupełnionego wykazu.

W ocenie Izby doświadczenie wykazane w poz. 4 tj. dot. Linea de la Concepcion mogło być podstawą uznania przez zamawiającego spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w poz. 8.1.2.1 siwz. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska odwołującego, że nie wykazano w odniesieniu to tego doświadczenia wymaganej wartości robót związanych z przebudową falochronu morskiego w Porcie nad Zatoką Algeciras. W ocenie Izby nie sposób przyjąć, jak chce tego odwołujący, że kwota 30 mln złotych odnosiła się do wartości 1 falochronu morskiego, a nie do wartości roboty budowlanej. W ocenie Izby warunek ten wymagał wykazania się jedną robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 30 mln zł., której przedmiotem była budowa falochronu morskiego. Tym samym ważne jest dla wykazania spełnienia warunku to, aby robota miała wartość co najmniej 30 mln. zł. i wykonano w ramach niej budowę lub przebudowę falochronu morskiego. W ocenie Izby poz. nr 4 taki wymóg spełnia, gdyż to, że wykonano dwa falochrony nie powinno prowadzić do przyjęcia, że wartość wykonanej roboty należy podzielić na pół, czy też proporcjonalnie np. do długości falochronu, czy jego wartości. Natomiast Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 179/12, że wartość robót powinna być związana z budową lub przebudową falochronów. Nadto sam odwołujący nie jest w tym zakresie konsekwentny, gdyż w poz. 2, gdzie wykazano wykonanie kilku falochronów, nie kwestionował wartości robót i nie oczekiwał ich wyliczenia dla robót związanych z 1 falochronem. Izba stwierdziła, że przystępujący Budimex –Ferrovial Agroman zawarł w wykazie informacje na temat wartości poszczególnych robót realizowanych w związku z inwestycją, a na wezwanie zamawiającego wyjaśnił, jaką wartość robót uznaje za związaną z wykonaniem robót, których przedmiotem jest przebudowa falochronu. Sam odwołujący przyznał na rozprawie (stanowisko to podzielał także zamawiający), że część robót wymienionych przez wystawcę referencji dot. poz. nr 4 nienoszących nazwy falochron może być zaliczona do robót związanych z przebudową falochronu. Odwołujący kwestionował natomiast wielkość kwot przyjętych przez przystępującego do wyliczenia i uważał, że kwota ta nie osiąga równowartości 30 mln zł. Odwołujący nie przedstawił dowodu, że wartość wyliczona przez

przystępującego w piśmie z dnia 21 maja 2012r. jest zawyżona. W szczególności nie zawnioskował o powołanie dowodu z opinii biegłego z zakresu szacowania budowy falochronów, który w oparciu o informacje na temat kosztów poszczególnych robót oraz dane techniczne dotyczące ilości wykonanych robót w ramach ich poszczególnych rodzajów wskazane w referencji mógłby określić, czy wartość podana przez przystępującego Budimex-Ferrovia Agroman jest zawyżona. Odwołujący nie pokusił się o przedstawienie informacji od inwestora, co do kosztów robót związanych z przebudową falochronów w poz. nr 4. Z tych względów Izba uznała, że nie została podważona wycena robót związanych z przebudową falochronu określona przez przystępującego Budimex – Ferrovia Agroman w piśmie z dnia 21 maja 2012r. tj. ok. 9,5 mln euro, czyli ok. 38 mln pln. W tej sytuacji należało uznać, że robota ta spełnia wymogi postawione przez zamawiającego w pkt 8.1.2.1 siwz.

Również w zakresie poz. 5 Izba uznała, że pozycja ta potwierdza spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 8.1.2.1 siwz. Co do zarzutu związanego z wartością wykazanej roboty, to dotyczył on wyłącznie tego, że z referencji nie wynika wartość robót związanych wyłącznie z budową falochronu, to Izba stoi na stanowisku, popartym ugruntowanym poglądem Izby (cytowanym m. in. przez przystępującego), że z referencji nie musi wynikać wartość wykonanych robót, a podstawa do wyjaśnień zachodzi dopiero wtedy gdy informacje zawarte w referencji nie pokrywają się z informacjami zawartymi w wykazie. Z referencji lub innego tego rodzaju dokumentu ma wynikać identyfikacja roboty, co do której składana jest referencja oraz potwierdzenie, że robota została terminowo ukończona i zgodnie ze sztuką budowlaną. Z przedmiotowej referencji wystawionej dla Per Aarsleff taka właśnie informacja wynika, natomiast wartość prac związanych z budową falochronów została przez przystępującego podana w wykazie w kolumnie przedostatniej i wskazano tam kwotę przekraczającą 30 mln. pln. W ocenie Izby odwołujący nie podnosił zarzutu, że wartość podana w wykazie jest nieprawidłowa i zawyżona. Z tego względu sam fakt nie podania jej w referencji nie może powodować, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, co do tego, że z faktu, iż do wykazu nie załączono pełnomocnictwa dla Johna Szygenda wykazującego jego umocowanie na dzień składania zobowiązania o udostępnieniu zasobu, ma wynikać, że do udostępnienia takiego zasobu nie doszło, czy też że zobowiązanie było nieważne. Racje ma przystępujący, że zamawiający nie wymagał składania wraz z zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby dokumentów potwierdzających umocowanie osób podpisujących zobowiązania. Tym samym dokument pełnomocnictwa załączony do wykazu był dokumentem, który nie przesadzał o udostępnieniu zasobu. Takim dokumentem przesądzającym o udostępnieniu zasobu było natomiast zobowiązanie do udostępnienia zasobu. Tym samym, jeśli zamawiający powziąłby

wątpliwości, co do ważności czy prawidłowości wystawienia tego dokumentu mógł w trybie art. 26 ust. 4 ustawy zwrócić się do przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman o wyjaśnienia. Zamawiający ma prawo i obowiązek wyjaśniać wszystkie okoliczności wątpliwe związane ze złożonymi przez wykonawców dokumentami czy oświadczeniami na potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast sam fakt, że zobowiązanie zostaje podpisane przez pełnomocnika, dla którego nie wykazano pełnomocnictwa nie stanowi o nieważności takiego zobowiązania. Przede wszystkim prawo nie wyłącza możliwości działania przez pełnomocnika przy udzielaniu zobowiązań do udostępnienia zasobów, tym samym jest to czynność zastępowalna. W doktrynie sporne jest czy udzielenie zasobu przez podmiot trzeci w postaci zobowiązania do jego udostępnienia jest czynnością jedno, czy dwustronną. Tym samym nawet w sytuacji, gdyby okazało się, że zobowiązanie zostało złożone przez osobę nieupoważnioną rozważenia wymagałoby czy zastosowanie ma w tym przypadku art. 103 kc, czy też art. 106 kc i czy możliwe jest wyrażenie zgody przez zamawiającego na działanie bez umocowania. Rozważania te są jednak zbędne na gruncie przedmiotowej sprawy, gdyż w ocenie Izby przystępujący udowodnił, iż w dacie udzielania zobowiązania John Szygenda miał umocowanie do jego złożenia w imieniu Per Aarsleff a/s. Tym samym wątpliwość zamawiającego na tym tle została usunięta i względy ekonomiki postępowania przemawiają za tym, żeby nie nakazywać zamawiającemu wzywania przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Izba zwraca uwagę odwołującego na fakt, że w tym przypadku zamawiający nie mógłby dokonać czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie ze względu na zasadę jednokrotności wzywania, ale z uwagi na brak możliwości żądania takiego dokumentu, gdyż wymóg jego złożenia nie wynika z siwz. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia przystępującego Budimex-Ferrovial Agroman z postępowania, gdyż przystępujący wykazał spełnianie warunku określonego w pkt 8.1.2.1 siwz.

#### Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy również nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.



O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba obciążyła odwołującego kosztami postępowania w wysokości uiszczanego wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego przystępującego z ograniczeniem do kwoty 3 600zł. zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238) .

**Przewodniczący .....**