

Sygn. akt KIO 500/18

POSTANOWIENIE

z dnia 27 marca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Marzena Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 27 marca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum **Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider) Via Salaria n. 1039, 00138 Roma – Italia (Włochy)**, **INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. Via del Pian dei Carpini 1, 50127 Firenze – Italia (Włochy)**, **NDI Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** oraz **NDI S.A. ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz wykonawcy **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** i **Porr Bau z siedzibą w Wiedniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum **Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider)**, **INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A.**, **NDI Sp. z o.o.**, **NDI S.A.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider)**, **INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A.**, **NDI Sp. z o.o.**, **NDI S.A.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie *przetargu ograniczonego pn.*: „*Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta z podziałem na 2 części: Część nr 1: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk- Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 3: w. Luzino (bez węzła) - w. Szemud (z węzłem)*”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 192-346755 w dniu 3 października 2015 r.

I. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider), INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI Sp. z o.o., NDI S.A. (dalej: „Konsorcjum Societa Italiana”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu w dniu 6 marca 2018 r. Odwołujących do złożenia wyjaśnień (pismo nr O.Gd.D-3. AK.241. 292.2018);

II. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a PZP przez wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień zmierzających do oceny czy Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej na chwilę późniejszą, aniżeli termin złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 przez wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień, które nie dotyczą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1) PZP;
3. art. 23 ust. 1 w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 70.1 § 4 KC przez wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej wyłącznie spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., podczas gdy wyrok KIO z dnia 16.02.2018 r. (sygn. akt: KIO 197/18) dotyczył powtórzenia czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp.
4. art. 70.1 § 4 kc w zw. z art. 14 PZP przez wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodnym z treścią ogłoszenia o zamówieniu z 3 października 2015 r., a w szczególności z Sekcją III.2.2 Minimalny poziom ewentualnie wymaganych

standardów ust. 3 ogłoszenia, bowiem pytania Zamawiającego nie odnoszą się do spełniania łącznie przez Odwołujących warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej najpóźniej na chwilę złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału oraz obejmują żądanie wyjaśnienia przepisów prawa, które to Zamawiający powinien znać i uwzględnić z urzędu;

5. naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a PZP w zw. z art. 701 § 4 Kc w zw. z art. 14 PZP w z w. z Sekcją III.2.2) ust. 1 ppkt 1.2) oraz Sekcją IIT.2.2 Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu z 3 października 2015 r., przez wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodnym z treścią, a w szczególności niezgodnym z Sekcją III.2.2 ust. 3 ogłoszenia, bowiem pytania Zamawiającego nie odnoszą się do spełniania łącznie przez Odwołujących warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej najpóźniej na chwilę złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz obejmują żądanie wyjaśnienia przepisów powszechnie obowiązującego prawa, które to Zamawiający powinien znać i uwzględnić z urzędu, jak również nie dotyczą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1) PZP;

6. naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, przez żądanie wyjaśnień w sposób niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji, w szczególności żądanie jedynie od Odwołujących wyjaśnień zmierzających do oceny czy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej na chwilę późniejszą, aniżeli termin złożenia wniosku.

7. naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. art. 196 ust. 4 w zw. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a PZP przez nieprawidłowe wykonanie pkt 1.1 wyroku KIO z dnia 16.02.2018 r. i zamiast powtórzenia czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. odwołujących, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień objętych w/w pismem Zamawiającego.

III. W związku z zarzutami wskazanymi w pkt II, wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 6 marca 2018 r., polegającej na wezwaniu Odwołujących do złożenia wyjaśnień (pismo O.Gd.D - 3.AK.241.292.2018),

Ewentualnie:

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z 6 marca 2018 roku w części w zakresie polegającym na wezwaniu w dniu 6 marca 2018 r. Odwołujących do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na następujące pytanie:

„W związku z powyższym, Zamawiający prosi o złożenie wyjaśnień, czy w kontekście deklaracji zawartej we Wniosku oraz przywołanego wyżej wyroku KIO Spółka Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 35 mln PLN i może nimi realnie dysponować?”, i/lub

2) Unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 6 marca 2018 roku w części w zakresie, polegającym na wezwaniu z 6 marca 2018 r. Odwoływających do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na następujące pytanie:

„Ponadto, Zamawiający prosi o informację w jaki sposób Wykonawca wykorzysta wskazane przez Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. zasoby w trakcie wykonywania zamówienia?”, i/lub

3) Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającym na wezwaniu w dniu 6 marca 2018 r. Odwoływających do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na następujące pytanie (objęte pismem Zamawiającego nr O.Gd.D — 3.AK.241.292.2018):

„1. Jakie są przyczyny wszczęcia wobec firmy Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. postępowania na podstawie art. 161 włoskiego prawa upadłościowego? Jaki jest status w/w firmy po wszczęciu tego postępowania? Jaki jest status w/w firmy po wszczęciu tego postępowania?”, i/lub

4) Unieważnienie czynności Zamawiającego w części w zakresie polegającym na wezwaniu w dniu 6 marca 2018 r. Odwoływających do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na następujące pytanie (pismo jw.):

„2. W jaki sposób postępowanie wszczęte przed Sądem w Rzymie, wpływa na realne dysponowanie zasobami wykazanymi przez Lidera Konsorcjum we Wniosku?”, i/lub

5) Unieważnienie czynności Zamawiającego z 6 marca 2018 roku w części w zakresie polegającym na wezwaniu Odwoływających do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na następujące pytanie:

„3. Jaki jest obecny sposób reprezentacji Spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.?”, i/lub

6) Unieważnienie czynności Zamawiającego w części w zakresie wezwania w dniu 6 marca 2018 r. Odwoływających do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na pytanie:

„4. Czy w świetle zaistnienia nowych okoliczności dotychczas udzielone pełnomocnictwa przedłożone w przedmiotowym postępowaniu są aktualne?”, i/lub

7) Unieważnienie czynności Zamawiającego w części wezwania z 6 marca 2018 r. Odwoływających do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na następujące pytanie:

„5. Czy czynności podejmowane, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez Spółkę Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. jako Lidera Konsorcjum, wymagają uprzedniej zgody Sądu w Rzymie? Jeśli tak jakie to czynności?”, i/lub

8) Unieważnienie czynności Zamawiającego z 6 marca 2018 roku w zakresie wezwania Odwoływających do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na następujące pytanie:

„6. Czy dotychczas, w toku prowadzonej procedury przetargowej dot. przedmiotowego postępowania, podjęto przez Spółkę Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. jako

Lidera Konsorcjum, jakiekolwiek czynności, które wymagają uprzedniej zgody Sądu w Rzymie? Jeśli tak, jakie to były czynności?”, i/lub

9) Unieważnienie czynności wezwania 6 marca 2018 r. Odwołujących do złożenia wyjaśnień i do odpowiedzi na następujące pytanie:

„7. Do wniosku załączyli Państwo Pełnomocnictwo z dnia 28.10.2015 r. udzielone Spółce Spółka Societa Italiana per Condotte d’Acqua S.p.A. przez członków Konsorcjum, w którym to Lider zobowiązany jest m.in. do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w imieniu Państwa Konsorcjum. W związku z wydanym postanowieniem nr C.P. 1/2018 z dnia 15.01.2018 r., Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy Spółka Societa Italiana per Condotte d’Acqua S.p.A. jest zdolna do zaciągania zobowiązań finansowych na pełen okres wymaganego zabezpieczenia kontraktu, tj. na okres przekraczający 5 lat?”;

3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Jednocześnie Odwołujący wskazują, że zarzuty powołane w odwołaniu zostały oparte o przepisy obowiązujące w dniu publikacji ogłoszenia o Przetargu tj. na dzień 03.10.2015 r.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Wyrokiem z 16 lutego 2018 roku Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”) w sprawie sygn. akt KIO 197/18, orzekła o uwzględnieniu odwołania Budimex S.A. w części, tj. poprzez:

nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Societa Italiana per Condotte d’Acqua S.p.A., Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o.

w pozostałej części odwołanie Budimex S.A. zostało oddalone („Wyrok KIO”).

Zamawiający 19 lutego 2018 roku (pismo O.Gd.D-3.241.247.2018.AK) unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz poinformował o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający pismem z 6 marca 2018 r. (nr O.Gd.D — 3.AK.241.292.2018) wezwał Odwołującego do odpowiedzi na następujące pytania:

1. „W związku z powyższym, Zamawiający prosi o złożenie wyjaśnień, czy w kontekście deklaracji zawartej we Wniosku oraz przywołanego wyżej wyroku KIO Spółka Societa Italiana per Condotte d’Acqua S.p.A. (Lider) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 35 mln PLN i może nimi realnie dysponować?”;

2. „Ponadto, Zamawiający prosi o informację w jaki sposób Wykonawca wykorzysta wskazane przez Societa Italiana per Condotte d’Acqua S.p.A. zasoby w trakcie wykonywania zamówienia?” (Pytanie nr 2);

3. „1. Jakie są przyczyny wszczęcia wobec firmy Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. postępowania na podstawie art. 161 włoskiego prawa upadłościowego? Jaki jest status w/w firmy po wszczęciu tego postępowania? Jaki jest status w/w firmy po wszczęciu tego postępowania?” (Pytanie nr 3);

4. „2. W jaki sposób postępowanie wszczęte przed Sądem w Rzymie, wpływa na realne dysponowanie zasobami wykazanymi przez Lidera Konsorcjum we Wniosku?” (Pytanie nr 4);

5. „3. Jaki jest obecny sposób reprezentacji Spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.?” (Pytanie nr 5);

6. „4. Czy w świetle zaistnienia nowych okoliczności dotychczas udzielone pełnomocnictwa przedłożone w przedmiotowym postępowaniu są aktualne?” (Pyt. nr 6);

7. „5. Czy czynności podejmowane, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez Spółkę Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. jako Lidera Konsorcjum, wymagają uprzedniej zgody Sądu w Rzymie? Jeśli tak jakie to czynności?”

8. „6. Czy dotychczas, w toku prowadzonej procedury przetargowej dot. przedmiotowego postępowania, podjęto przez Spółkę Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. jako Lidera Konsorcjum, jakiegokolwiek czynności, które wymagają uprzedniej zgody Sądu w Rzymie? Jeśli tak, jakie to były czynności?” (Pytanie nr 8);

9. „7. Do wniosku załączyli Państwo Pełnomocnictwo z dnia 28.10.2015 r. udzielone Spółce Spółka Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. przez członków Konsorcjum, w którym to Lider zobowiązany jest m.in. do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w imieniu Państwa Konsorcjum. W związku z wydanym postanowieniem nr C.P. 1/2018 z dnia 15.01.2018 r., Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy Spółka Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. jest zdolna do zaciągania zobowiązań finansowych na pełen okres wymaganego zabezpieczenia kontraktu, tj. na okres przekraczający 5 lat?” (Pyt. 9). Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, że złożył w niniejszym Przetargu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający zaskarżoną czynnością zmierza do oceny spełnienia warunku ekonomicznego i finansowego wyłącznie przez jednego z czterech konsorcjantów (Spółkę Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.), i to w dodatku na chwilę obecną, a nie na moment złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co jest sprzeczne z Wyrokiem KIO i przepisami. W konsekwencji, w przypadku braku unieważnienia czynności Zamawiającego objętej pismem z dnia 6 marca 2018 roku, ostatecznie się czynność niezgodna z PZP oraz Wyrokiem, która będzie mogła mieć wpływ na ocenę spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu i ostateczny wynik postępowania przetargowego.

Zarzut 1) W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucają Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a PZP poprzez wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień zmierzających do oceny czy Societa

Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej na chwilę późniejszą, aniżeli termin złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 4 PZP o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a PZP Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Zamawiający może żądać wykazania spełnienia warunków z art. 22 ust. 1 PZP oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków z art. 24 ust. 1 PZP nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie później niż do dnia 16 listopada 2015 roku (do godz.11:00). Odwołujący złożył wniosek w 16 listopada 2015 roku.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 PZP zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z w/w przepisem w ogłoszeniu Zamawiający wymagał, by dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, wykonawcy złożyli „wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) PZP — następujących oświadczeń i dokumentów: (...) 1.2) Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub Zdolność kredytową Wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - w celu wykazania spełnienia warunku, którego opis został zamieszczony w Sekcji III.2.2). „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” w pkt 1.2) Ogłoszenia Zgodnie z ze wskazanym pkt 1.2) Zamawiający wymagał, iż „ Wykonawca musi wykazać posiadanie środków finansowych lub Zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż - dla Części nr 1: 35 mln PLN) ”.

Odwołujący w celu wykazania w/w warunku wraz z wnioskiem z 16 listopada 2015 roku złożyli oświadczenie Banku Banca Nazionale del Lavoro SpA Grupa BNP Paribas z dnia 22.10.2015 r. (str. 314 — tłumaczenie str. 315 wniosku Odwołującego), w którym potwierdzono zdolność kredytową Odwołujących na kwotę wyższą niż 35 mln PLN.

Wniosek Odwołujących o dopuszczenie do udziału w Przetargu został pozytywnie zweryfikowany i tym samym Odwołujący zostali zaproszeni do złożenia oferty w Przetargu.

Odwołujący podkreślają, że przepisy PZP nie uprawniają Zamawiającego do badania dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Przetargu na etapie badania i oceny ofert.

Natomiast pismem nr jw., działając na podstawie art. 26 ust. 4 PZP, wezwał Odwołujących do złożenia wyjaśnień o treści pytań wskazanych powyżej. Zgodnie z art. 26 ust. 4 PZP Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zamawiający powołując się na w/w oświadczenie Banku Banca Nazionale del Lavoro SpA Grupa BNP Paribas z dnia 22.10.2015 r. oraz Wyrok KIO wezwał Odwołujących do wyjaśnień, które nie dotyczyły w/w dokumentu, ale stanowiły wezwanie do potwierdzenia aktualności w/w oświadczenia w stosunku do jednego z członków konsorcjum firm Odwołujących, tj. Spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. Zamawiający, tym samym, zmierza do uzyskania potwierdzenia spełnienia warunku ekonomicznego, przez tylko jednego z konsorcjantów, i to na chwilę obecną, a nie na moment złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co jest sprzeczne z art. 26 ust. 2a PZP.

Zamawiający wykroczył poza nakaz zawarty w sentencji Wyroku KIO. Wyrok w pkt 1.1. nakazywał Zamawiającemu: powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o. Jednakże przytoczony pkt 1.1 sentencji Wyroku KIO nie uprawnia do wzywania do wykazania spełnienia (tylko przez jednego) warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej na dzień aktualny. Jednocześnie Zamawiający dokonując czynności na podstawie art. 26 ust. 4 PZP, opiera się o wyrwany z kontekstu fragment uzasadnienia Wyroku KIO, który nie stanowi elementu orzeczenia.

Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw, powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu. Zaskarżona czynność Zamawiającego nie została oparta o treść Wyroku KIO, a jedynie przedstawioną przez Zamawiającego interpretację treści uzasadnienia Wyroku KIO. Wykonawca, uprzedzając ewentualną argumentację i polemikę Zamawiającego, pragnie stanowczo podkreślić, iż czynności Zamawiającego podjęte w wyniku orzeczenia KIO powinny być zgodne z treścią wyroku, który z kolei należy czytać i interpretować w oparciu o przepisy PZP, a nie oparte na uzasadnieniu wyroku. Jeżeli wyrok nie zawiera określonych nakazów skierowanych do Zamawiającego, to Zamawiający nie powinien się ich doszukiwać w uzasadnieniu, które nie jest elementem kształtującym obowiązki Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania.

Ani treść Wyroku KIO, ani przepisy PZP, w tym art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a nie uprawniały do wezwania Odwołujących do pisemnych wyjaśnień, o których mowa w piśmie Zamawiającego z dnia 6 marca 2018 roku.

4. Zarzut 2) naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1) PZP

Odwołujący zarzucają Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 przez wezwanie do złożenia wyjaśnień, które nie dotyczą dokumentów z art. 25 ust. 1 pkt 1.

Zamawiający poprzez czynność wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PZP, wezwał Odwołujących do odpowiedzi na pytania, które nie dotyczą żadnych z oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP. Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 4, wyjaśnienia te mają dotyczyć dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP. Żadne z pytań Zamawiającego zawartych w zaskarżonej czynności nie dotyczy tychże dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku postępowania.

Zamawiający dysponuje dokumentem — oświadczeniem Banku z 22.10.2015 r., które potwierdza zdolność kredytową w kwocie wymaganej, tj. kwotę 35 mln PLN. Natomiast pytania Zamawiającego sprowadzają się do wymogu ponownego oświadczenia czy Spółka Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. posiada w/w zdolność kredytową, co było przedmiotem badania na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału.

Poza tym Zamawiający, wykraczając poza przesłanki z art. 26 ust. 4 PZP, stara się uzyskać od Odwołujących informacje i oświadczenia nie dotyczące dokumentów oraz oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 PZP. Dla przykładu w pytaniu nr 2, Zamawiający zwraca się o informację jak Odwołujący zamierzają wykorzystać swoją zdolność kredytową w trakcie wykonywania zamówienia. Takie pytanie nie ma żadnego związku z treścią dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 PZP. W pytaniu nr 3 Zamawiający zwraca się o informację co do treści art. 161 włoskiego prawa upadłościowego, tj. wzywa do informacji w zakresie przepisów włoskiego prawa. Tak samo w pytaniu nr 4, nr 5, nr 6, nr 7 oraz nr 8.

Natomiast w pytaniu nr 9, manipulując faktyczną treścią Pełnomocnictwa z dnia 28.10.2015 r. udzielonego Spółce Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. przez pozostałych Odwołujących, gdyż w/w podmiot został jedynie uprawniony, a nie zobowiązany do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w imieniu Odwołujących, Zamawiający wezwał do wyjaśnień czy Spółka Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. Jest zdolna do zaciągania zobowiązań finansowych na pełen okres wymaganego zabezpieczenia kontraktu, tj. na okres przekraczający 5 lat. Powyższe nie ma żadnego związku z dokumentami lub oświadczeniami, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, a pytanie odnosi się do okresu po dniu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Przetargu.

Ewidentnym jest, iż żadne z pytań Zamawiającego nie odnosi się do wyjaśnienia przez Odwołujących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP.

Z uwagi na powyższe, zaskarżona czynność Zamawiającego narusza przepisy art. 26 ust. 4 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1) PZP.

5. Odwołujący zarzuca także naruszenie przez Zamawiającego art. 23 ust. 1 w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 70.1 § 4 k.c. przez wezwanie do wyjaśnień dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej wyłącznie spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., podczas gdy wyrok KIO 197/18) dotyczył powtórzenia czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wymienionych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 PZP Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 70.1 § 4 k.c., który stosuje się do czynności przez Zamawiającego, Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili Złożenia oferty postępują zgodnie z postanowieniem ogłoszenia, aukcji albo przetargu.

W treści Sekcji III.2.2) pkt 3 Ogłoszenia Zamawiający wskazał, że „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. spełnienie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 PZP i których opis sposobu dokonania oceny spełniania został zamieszczony w pkt 1.1) i 1.2) powyżej, Wykonawcy wykazują łącznie”.

Pomimo oczywistej sentencji Wyroku, która wskazała iż Zamawiający powinien przeprowadzić czynność badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej czterech podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Przetargu, tj. Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o., oraz wbrew warunkom Przetargu, Zamawiający wezwał do udzielenia informacji na temat spełnienia warunków w zakresie sytuacji finansowej wyłącznie przez Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.

Powyższa czynność Zamawiającego stoi w sprzeczności z Wyrokiem KIO, ale również z art. 23 ust. 1 w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 70.1 § 4 k.c.

6. W dalszej kolejności Odwołujący podnoszą zarzut naruszenia art. 70.1 § 4 Kc w zw. z art. 14 PZP przez wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodnym z treścią ogłoszenia, a w szczególności niezgodnym z Sekcją III.2.2, bowiem pytania nie odnoszą się do spełniania łącznie przez Odwołujących warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej najpóźniej na chwilę złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz obejmują żądanie wyjaśnienia przepisów powszechnie obowiązującego prawa, które to Zamawiający powinien znać i uwzględnić z urzędu.

Odwołujący ponownie wskazuje, że zgodnie z Sekcją III.2.2 ogłoszenia Zamawiający wskazał, że „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. spełnienie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 PZP Wykonawcy wykazują łącznie”.

Zamawiający wbrew ustalonym warunkom Przetargu, wezwał Odwołujących do wyjaśnień w zakresie jedynie Spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., mając świadomość, że

Odwołujący wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia w Przetargu. Pytania nie dotyczą wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołujących w Przetargu, a stanowią przede wszystkim wezwanie do wyjaśnienia przez Odwołujących obowiązującego prawa. W szczególności Zamawiający wezwał do wyjaśnienia włoskich przepisów.

Kwestia badania warunków udziału może dotyczyć najpóźniej momentu złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału. Tymczasem pytania Zamawiającego zmierzają do uzyskania od Odwołujących wykazania czy Spółka Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. spełnia warunki finansowe udziału na okres po dniu 16 listopada 2015 roku. Taka błędna czynność Zamawiającego jest niezgodna z art. art. 70.1 § 4 k.c.

Zgodnie z warunkami ogłoszonego Przetargu, tj. Sekcją III.2.2. ust. 3 w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnienie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 PZP i których opis sposobu dokonania oceny spełniania został zamieszczony w pkt 1.1) i 1.2) powyżej, Wykonawcy wykazują łącznie”.

Natomiast obecnie Zamawiający zmierza do dokonania badania i oceny zdolności finansowej jednego podmiotu, tj. Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., podczas gdy Odwołujący stanowi konsorcjum czterech firm,.

Taka czynność Zamawiającego również narusza art. 70.1 § 4 Kc w zw. z art. 14 PZP.

7. Odwołujący zarzucają Zamawiającemu także naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a PZP w zw. z art. 70.1 § 4 Kc w zw. z art. 14 PZP w zw. z Sekcją III.2.2) ust. 1 ppkt 1.2) oraz III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodnym z treścią ogłoszenia , a w szczególności z Sekcją III.2.2, bowiem pytania Zamawiającego nie odnoszą się do spełniania łącznie przez Odwołujących warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej najpóźniej na chwilę złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz obejmują żądanie wyjaśnienia przepisów powszechnie obowiązującego prawa, które to Zamawiający powinien znać i uwzględniać z urzędu, jak również nie dotyczą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 PZP.

Odwołujący podkreślają, że żadne z pytań Zamawiającego z dnia 6 marca 2018 roku nie odnosi się do oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 PZP i które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego.

Zamawiający obecnie domaga się od Odwołujących odpowiedzi na pytania, które odnoszą się do okresu po dniu 16 listopada 2015 roku tj. po dniu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Przetargu, co jest sprzeczne z art. 26 ust. 2a PZP. Brak jest podstawy prawnej do wezwania Odwołujących do wyjaśnień w tym zakresie. Poza tym takie uprawnienie Zamawiającego nie wynika ani z treści Ogłoszenia, ani tym bardziej z treści Wyroku KIO.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający narusza nakaz wskazany w Wyroku KIO, gdyż pomijając okoliczność, iż Odwołujący wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia w

Przetargu, domaga się od Odwołujących informacji dotyczącej sytuacji finansowej Spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. — która jest jednym z czterech członków konsorcjum firm, które złożyły wspólną ofertę w Przetargu. Tym samym Zamawiający nie tylko narusza nakaz Wyroku KIO oraz przepisy PZP, ale również warunki ogłoszonego przez niego Przetargu, w który wskazał, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnienie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 PZP i których opis sposobu dokonania oceny spełniania został zamieszczony w pkt 1.1) i 1.2) powyżej, Wykonawcy wykazują łącznie. Zaskarżona czynność Zamawiającego stoi w oczywistej sprzeczności z przytoczonymi przepisami PZP oraz warunkami Przetargu.

Co więcej, Zamawiający wbrew swoim uprawnieniom wynikającym z art. 26 ust. 4 PZP domaga się od Odwołujących informacji w zakresie obowiązującego prawa włoskiego, które ma obowiązek znać z urzędu. Przepisy PZP nie nakładają na wykonawców obowiązku wyjaśniania zamawiającym przepisów obowiązującego prawa.

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1) PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 26 ust. 2a PZP w zw. z art. 701 § 4 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP w zw. z Sekcją III.2.2) ust. 1 ppkt 1.2) oraz Sekcją III.2.2 Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 3 października 2015 r. jest również zasadny.

8. Zarzut 6) naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP Odwołujący zarzucają Zamawiającemu również naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez żądanie od Odwołujących wyjaśnień w sposób niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez żądanie nie od wszystkich wykonawców, lecz jedynie od Odwołujących wyjaśnień zmierzających do oceny czy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej na chwilę późniejszą, aniżeli termin złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wezwanie Zamawiającego z dnia 6 marca 2017 roku zmierza m.in. do oceny czy spółka Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej na dzień późniejszy niż 16 listopada 2015 roku.

Powyższe badania i ocena nie tylko nie znajduje oparcia w przepisach PZP oraz Wyroku KIO, ale również stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 PZP. Zgodnie z tym przepisem PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W tym wypadku, Zamawiający mając świadomość, iż brak jest podstaw do wykluczenia Odwołujących na podstawie jednej z przesłanek wynikający z art. 24 PZP, zmierza do oceny sytuacji finansowej lidera konsorcjum firm Odwołujących tj. Spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. - czyli zmierza do dokonania badania i oceny spełnienia warunków

wynikających z Sekcji III.2.2. Ogłoszenia o zamówieniu na dzień późniejszy niż 16 listopada 2015 roku.

Zamawiający narusza przy tym zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż tylko Odwołujący są wzywani do wyjaśnień zmierzających do dokonania oceny przez Zamawiającego czy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej na chwilę późniejszą, aniżeli termin złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jak już wyżej wskazano, samo badanie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na chwilę późniejszą, aniżeli złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest niezgodne z przepisami PZP wskazanymi m.in. w pierwszym zarzucie niniejszego odwołania. Jeżeli ponadto takie badanie odnosi się wyłącznie do jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu, oczywistym jest, iż mamy do czynienia z dyskryminacją tego wykonawcy i nierównym jego traktowaniu. Spełnienie warunku w zakresie sytuacji finansowej nie stanowi w przedmiotowym przetargu elementu oceny oferty, lecz element dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Warunki udziału wykonawców w przedmiotowym przetargu miały być przez nich spełniane w 2015 r., tj. ponad 2 lata temu. Wyjaśnienia zmierzające do oceny ofert mogą w niektórych przypadkach dotyczyć jedynie podmiotu, który złożył najkorzystniejszą ofertę; inaczej wygląda z kolei sytuacja odnośnie badania przez Zamawiającego spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Kryteria stawiane przez Zamawiającego powinny być spełniane w tym zakresie przez wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu. Zatem, jeżeli Zamawiający postanowił (oczywiście wbrew przepisom PZP, o czym mowa już wyżej) badać, czy wykonawca spełnia dodatkowe warunki udziału w postępowaniu, tj. czy na chwilę aktualną spełnia warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, takie kryterium, jeżeli per absurdum uznać, że jest w ogóle dopuszczalne, powinno odnosić się jednakowo do wszystkich wykonawców aktualnie biorących udział w przetargu.

Niedopuszczalna jest sytuacja, w której różnicuje się warunki, które muszą spełniać poszczególni wykonawcy by móc być dopuszczeni do udziału w postępowaniu lub też różnicuje się sposób, w jaki poszczególni wykonawcy mają wykazać spełnienie ww. warunków, a zaskarżona czynność Zamawiającego prowadzi w sposób jednoznaczny do takiego zróżnicowania, poprzez stawianie Odwołującym dodatkowych wymogów udziału w postępowaniu, aniżeli reszcie wykonawców.

Powyższe jest naruszeniem przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

9. Zarzut 7) naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. art. 196 ust. 4 w zw. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a PZP

Na koniec Odwołujący zarzucają naruszenie przez Zamawiającego art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. art. 196 ust. 4 w zw. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 26 ust. 2a PZP poprzez nieprawidłowe wykonanie pkt 1.1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.02.2018 r. i zamiast powtórzenia czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o., wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień objętych pismem Zamawiającego nr O.Gd.D- 3.AK.241.292.2018.

W zakresie w/w zarzutu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie wykonał Wyroku KIO, tj. nie dokonał powtórzenia czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o. Zamawiający dokonał jedynie czynności wezwania Odwołujących do wyjaśnień objętych pismem z dnia O.Gd.D-3.AK.241.292.2018, które w dodatku nie zmierza do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Przetargu. Zamawiający dokonał wezwania do przekazania informacji na temat aktualnego, tj. po dniu 16 listopada 2015 roku, spełniania przez Spółkę Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. warunku opisanego w Sekcji III.2.2. Ogłoszenia o zamówienia. Zamawiający nie tylko w tym zakresie naruszył nakaz wynikający z treści pkt 1.1 Wyroku KIO, ale także warunki Przetargu, gdyż całkowicie pominął okoliczność, iż zarówno pkt 1.1 Wyroku KIO oraz Sekcja III.2.2. pkt 3 Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów wskazują, iż warunek wynikający z art, 22 ust. 1 pkt 4) PZP powinien być spełniona przez wykonawców łącznie, a nie tylko przez jednego z członków konsorcjum firm wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Co więcej, Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami PZP, domaga się od Odwołujących informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej na okres po dniu 16 listopada 2015 roku.

Poza tym Zamawiający jedynie od Odwołujących domaga się zapewnienia, iż Odwołujący przeznaczą zdolność kredytową, która została potwierdzona oświadczeniem banku z dnia 22.10.2015 roku na wykonanie zamówienia (Pytanie nr 1 i nr 2). Poza tym Pytania nr 3 — 8 zmierzają do uzyskania potwierdzenia, że lider konsorcjum posiada aktualne pełnomocnictwa do udziału w Przetargu albo czy czynności Spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. wobec, której nie istnieją żadne przesłanki wynikające z art. 24 PZP, powinny być zatwierdzone przez organy sądowe. Ponadto Zamawiający, za pomocą Pytania nr 9 zmierza do uzyskania zapewnienia od Spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., a nie od Odwołujących, że Spółka Societa Italiana per Condotte d'Acqua

S.p.A. jest zdolna do zaciągania zobowiązań finansowych na okres przekraczający 5 lat, czyli okres po podpisaniu umowy w przypadku wyboru oferty Odwołujących, jako najkorzystniejszej w Przetargu.

Takie wezwanie do udzielenie odpowiedzi na pytania Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 4 PZP, nie ma związku z dokumentami oraz oświadczeniami wynikającymi z art. 25 ust. 1 PZP. Zamawiający dalece, w sposób całkowicie nieuprawniony i niezgodny z Wyrokiem KIO oraz przepisami polskiego prawa, stara się rozszerzyć przesłanki wynikające z art. 26 ust. 4 PZP.

W świetle przytoczonych w niniejszym piśmie argumentów, niniejsze odwołanie należy uznać za całkowicie zasadne i konieczne w celu ochrony praw Odwołującego.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

odrzucenie odwołania w całości w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp lub alternatywnie oddalenie jako opartego o zarzuty niezasadne.

Zamawiający stwierdził, że odwołanie jest pozbawione podstaw faktycznych jak i prawnych. Przypomniał orzeczenie KIO 197/18, po którym unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz poinformował o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

W kolejnym piśmie z dnia 6 marca 2018 r. wezwał odwołującego do odpowiedzi na pytania, które odwołujący zaskarżył wniesionym odwołaniem.

W ocenie odwołującego zamawiający zaskarżoną czynnością zmierza do oceny spełniania warunku ekonomicznego i finansowego wyłącznie przez jednego z czterech konsorcjantów i to na chwilę obecną, a nie na moment złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co jest zdaniem odwołującego sprzeczne z wyrokiem KIO i przepisami ustawy pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 26 ust. 2a ustawy pzp zamawiający wskazał, że powołując się na oświadczenie Banku Banca Nazionale del Lavoro SpA Grupa BNP Paribas z 22.10.2015 r. oraz wyrok KIO wezwał odwołującego do wyjaśnień, które nie dotyczyły ww dokumentu, ale stanowiły wezwanie do potwierdzenia aktualności w/w oświadczenia w stosunku do jednego z członków konsorcjum firm odwołującego. Zamawiający zmierza do uzyskania potwierdzenia spełnienia warunku ekonomicznego przez jednego z konsorcjantów na chwilę obecną, co zdaniem odwołującego narusza art. 26 ust. 2a ustawy pzp i wykracza poza nakaz zawarty w pkt 1.1. sentencji wyroku KIO.

Zamawiający wskazał na zaistnienie przesłanki odrzucenia odwołania w części dotyczącej tego zarzutu, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp wobec stwierdzenia, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub,

w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Wskazał także na treść wyroku KIO: „Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym treść orzeczenia Sadu w Rzymie z dnia 15 stycznia 2018 r., na obecnym etapie nie ma jednoznacznych podstaw do nakazania zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Societa Italiana z postępowania, lecz stwierdzić należy, że zachodzą uzasadnione przesłanki do podjęcia przez zamawiającego czynności wyjaśniających w zakresie zaistnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum Societa Italiana z postępowania, biorąc pod uwagę aktualną sytuację finansową lidera konsorcjum którego zasoby finansowe zostały powołane do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.” Zamawiający zauważa, że Izba uznała, że postanowienie Sądu w Rzymie może mieć wpływ na ocenę, czy Konsorcjum wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający, wykonując wyrok KIO, był zobligowany wykonać odpowiadające stanowi faktycznemu czynności zmierzające do ustalenia czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej. Pierwszą z tych czynności powinno być ustalenie, czy sposób potwierdzenia sytuacji finansowej przez zasoby spółki Societa Italiana pe Condotte d'Acqua SpA – lidera Konsorcjum przedstawiony w oświadczeniach banku z 22 października 2015 r. jest nadal aktualny. Dopiero ustalenie tego stanu pozwala zamawiającemu na podjęcie kolejnych czynności tj. albo zakończenia etapu badania i oceny oferty, gdyby dysponowanie przedmiotowymi zasobami nadal było realne, albo wezwanie odwołującego w oparciu o art. 26 ust. 3 do wskazania innych zasobów odwołującego (ubiegającego się o zamówienie jako konsorcjum) na potwierdzenie przedmiotowego warunku.

Art. 26 ust. 4 stanowi, że zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń w tym w celu ustalenia stanu faktycznego, który budzi uzasadnione wątpliwości. Art. 26 ust. 3 statuuje natomiast obowiązek wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych oraz pełnomocnictw. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i doznaje ograniczenia w taki sposób, że zamawiający może żądać uzupełnienia tych samych dokumentów tylko raz w toku postępowania. Tym samym czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pełnej wiedzy o sytuacji finansowej wykonawcy musiała być poprzedzona procedurą wyjaśnienia w celu prawidłowego sformułowania wezwania w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Wyjaśnienie zaistniałej sytuacji poprzez zadanie pytań w oparciu o art. 26 ust. 4 odnoszących się do aktualnej sytuacji finansowej odwołującego stanowiło więc pierwszy etap procedury badania i oceny ofert, którą nakazała Izba w wyroku KIO.

Tym samym czynność z dnia 6 marca 2018 r. polegająca na wezwaniu odwołującego do odpowiedzi na pytania, stanowi realizację żądań zawartych w uwzględnionym w części odwołaniu KIO 197/18. Zamawiający z uwagi na uwzględnienie części zarzutów z ww odwołania stosownie do art. 186 ust. 2 in fine pzp, musiał dostosować się do żądań tego odwołania. Odwołujący, nie będąc stroną poprzedniego postępowania odwoławczego, nie może obecnie kwestionować ww. czynności poprzez wniesienie tego odwołania. Żądaniom tym, które znalazły odzwierciedlenie w czynności zamawiającego z 6 marca 2018 r. odwołujący mógł się przeciwstawić jedynie na etapie postępowania KIO 197/18, przystępując do niego.

Z tego względu zamawiający wskazuje, że odwołanie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z sentencją wyroku Izby w poprzedniej sprawie, w której odwołujący nie uczestniczył. Zarzut, iż wezwanie do wyjaśnienia aktualności oświadczeń dotyczących wyłącznie jednego z konsorcjantów, zamawiający stwierdza, że odwołujący opiera się jedynie na domniemaniu i jest wyłącznie wyrazem projekcji przyszłych działań zamawiającego.

Dopiero zakończenie nowego badania i oceny ofert, w zależności od ostatecznej czynności zamawiającego będącej wyborem oferty najkorzystniejszej, da odwołującemu prawo do merytorycznego kwestionowania rozstrzygnięcia w nowym odwołaniu.

Dodatkowo zamawiający przypomniał, że odwołujący pismem z dnia 13 marca 2018 r. udzielił odpowiedzi na pytania będące przedmiotem zarzutów odwołania. W zasadniczej części odpowiedzi miały charakter wymijający i nie wyczerpują nakazanej wyrokiem KIO czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Odnosnie kolejnego zarzutu dotyczącego wezwania do wyjaśnień, które nie dotyczą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp zamawiający stwierdził, że pytania dotyczą wyjaśnienia czy dokumenty przedstawione przez odwołującego w 2015 r. są aktualne w sytuacji ogłoszenia przez Sąd w Rzymie wszczęcia postępowania upadłościowego względem spółki lidera konsorcjum.

Wskazał, cytując wyrok KIO, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z zawarciem umowy z wykonawcą, a w toku postępowania może zaistnieć zmiana sytuacji wykonawcy rzutująca na ocenę jego predyspozycji do wykonania zamówienia. Na zamawiającym ciąży obowiązek zweryfikowania możliwości faktycznego korzystania ze wskazanych przez wykonawcę zasobów. W sprawie rozpatrzonej zamawiający, zdaniem Izby, musi zbadać, czy konsorcjum jest nadal w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie i upewnić się, czy wykonawca wykazywanymi zasobami jest w stanie realnie dysponować przy realizacji zamówienia.

Postawione przez zamawiającego pytania oparte o uzasadnienie wyroku Izby miały na celu wyjaśnienie sytuacji prawnej lidera Konsorcjum, ustalenia czy spółka może uzyskać zgodę

na podpisanie umowy, a także czy wobec tej spółki zachodzą podstawy wykluczenia, co ma podstawę w art. 26 ust. 4 pzp i odnosi się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wezwania do wyjaśnień dotyczących wyłącznie jednego podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum zamawiający stwierdził, że zarzut dotyczy sprawy już osądzonej w wyroku KIO 197/18. Zamawiający stwierdził, że prowadzi postępowanie zgodnie z przepisami, w tym uwzględniając potrzebę oceny określonego podmiotu, w tym wykonawców tworzących konsorcjum i nieuzasadnione jest domniemanie odwołującego o przyszłych naruszeniach przez zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający uznaje za nieuprawnione stanowisko odwołującego, iż w stanie prawnym obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie może badać sytuacji wykonawcy po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zarzut był przedmiotem rozważań w wyroku KIO, gdzie wskazano na celowość, a nawet konieczność takiego badania.

Zamawiający ponownie stwierdził, że nie zakończył jeszcze czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej odwołującego nakazanej wyrokiem Izby, co powoduje, iż zarzuty w zakresie wniosków, jakie wywodzi odwołujący od czynności jeszcze nie wykonanych czynią zarzuty przedwczesnymi i jako takie winny podlegać nie tylko odrzuceniu ale także oddaleniu.

Z ostrożności, odnosząc się do zarzutu zastosowania nieprawidłowej podstawy prawnej dla wyjaśnienia zagadnień przywołanych w zarzutach, zamawiający przyznał, iż możliwe byłoby także żądanie wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Przyjęcie jednak niewłaściwej podstawy prawnej do zadania pytań stanowi uchybienie, które w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy pzp nie może stanowić o uwzględnieniu odwołania. Wydając wyrok Izba bierze bowiem pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2) i bada, czy stwierdzone przez Izbę naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy pzp).

Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie - przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wskazał, że dnia 2 lutego 2018 r. zaskarżył wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a jego odwołanie zostało uwzględnione wyrokiem z dnia 16 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 197/18. Wyrokiem tym Izba nakazała zamawiającemu ponownie czynności badania ofert, w tym – jak wynika z uzasadnienia wyroku – wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej. Odwołanie jest więc skierowane

przeciwko czynności zamawiającego, które są prawidłowe i nie powinny zostać unieważnione jako podjęte zgodnie ze wskazanym wyrokiem Izby. Zdaniem przystępującego czynności zamawiającego odpowiadają prawu, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania przystępujący wskazuje na wyrok KIO 197/18, który nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider), INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI Sp. z o.o., NDI S.A.

Wyrok nie został zaskarżony przez żadną ze stron postępowania, jest zatem rozstrzygnięciem prawomocnym wiążącym zamawiającego oraz inne składy orzekające Izby. W wyroku 197/18 nie wskazano, co oczywiste, treści wezwania, jakie w wykonaniu wyroku, w toku ponownego badania i oceny ofert, zamawiający ma skierować do odwołującego, Rolą Izby nie jest zastąpienie zamawiającego w prowadzeniu postępowania. Izba powinna jednak, co uczyniła w niniejszej sprawie, w uzasadnieniu wyroku wskazać, z jakich względów nakazała powtórzenie czynności zamawiającego. Wskazanie to stanowi jednocześnie wskazówkę dla zamawiającego, jak powinna wyglądać powtórzona czynność zamawiającego.

W uzasadnieniu wyroku stwierdzono: „Izba uznała za zasadny, dzieląc w tym zakresie stanowisko zamawiającego, który wniósł w odpowiedzi na odwołanie o uwzględnienie tego zarzutu, podnosząc konieczność wyjaśnienia i potwierdzenia zdolności finansowej wykonawcy w aktualnej sytuacji faktycznej (...) W ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, że postanowienie powyższe Sądu w Rzymie ma wpływ na ocenę, czy Konsorcjum Societa Italiana wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu. Zachodzą poważne wątpliwości, czy Spółka posiada środki finansowe lub zdolność kredytową niezbędną do wykazania spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, a tym samym wymaganą w tym postępowaniu zdolność finansową do realizacji zamówienia publicznego. (...) Na zamawiającym ciąży w tym względzie obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca może wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby w trakcie wykonywania zamówienia.”

W świetle powyższego, oczywistym pozostaje, że u podstaw wyroku Izby KIO 197/18 legło przekonanie, że wszczęcie względem lidera konsorcjum postępowania upadłościowego po dacie złożenia przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i po dokonaniu oceny przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum, ma wpływ na ocenę, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą uzyskać zamówienie. Na tej zasadzie, żądanie przez zamawiającego wyjaśnień od

odwołującego zmierzających do ustalenia, czy i ewentualnie jaki wpływ na zdolność do realizacji zamówienia ma wszczęcie względem jego lidera postępowania upadłościowego, stanowi pełną realizację wyroku Izby.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, Izba obligatoryjnie odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu. W niniejszej sprawie ta przesłanka jest spełniona.

Norma prawna wyrażona w art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym, mającym swoje źródło w procedurze cywilnej, zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Zapobiega ona ponownemu orzekaniu przez Izbę w tej samej sprawie (por. postanowienie KIO 429/13).

W doktrynie wskazuje się, że w omawianym przypadku odrzucone zostanie odwołanie wniesione nie tylko przez tego samego co uprzednio odwołującego, ale także przez jakikolwiek inny podmiot. Ustawodawca mając na uwadze zarówno zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, jak i moc wiążącą orzeczeń KIO, wychodzi z założenia, że każdy podmiot, którego interesu dotyczy postępowanie odwoławcze, powinien wziąć w nim udział i dochodzić jego ochrony. W przeciwnym wypadku pozostaje związany tak orzeczeniem KIO, jak i uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz Legalis 2018).

W niniejszej sprawie, cała argumentacja odwołania sprowadza się w zasadzie do polemiki z argumentacją wyroku Izby w sprawie KIO 197/18, co mogłoby nastąpić wyłącznie w drodze wniesienia skargi na wyrok Izby, nie zaś poprzez kwestionowanie czynności zamawiającego podjętych w celu wykonania tego wyroku.

W wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2458/17 przypomniano, że art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp sprzeciwia się temu, aby ponownie badać zarzuty, które zostały już rozstrzygnięte przez Izbę, niezależnie od tego czy rozstrzygnięcie znalazło się w pkt 1 sentencji, czy zostało wyrażone w uzasadnieniu wyroku. Także więc argumentacja odwołującego o umniejszeniu roli pisemnego uzasadnienia wyroku Izby, nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto przystępujący wskazał na brak prawidłowego wykazania umocowania pełnomocnika – radcy prawnego M. B. do złożenia odwołania.

Wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i Porr Bau z siedzibą w Wiedniu - przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wniósł o odrzucenie odwołania z dnia 15 marca 2018 r. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp z uwagi na fakt, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 16 lutego 2018 r. KIO 197/18.

W przypadku przyjęcia odwołania do rozpoznania wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że uczestniczy w szeregu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których bierze udział wykonawca – Societa Italiana pe Condotte d'Acqua s.p.a. pełniący funkcję lidera konsorcjum, które wniosło odwołanie, a w związku z tym jest zainteresowany ustaleniem faktycznej sytuacji ekonomicznej i prawnej wskazanego wykonawcy oraz jej wpływu na udział tego wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniając stanowisko przystępujący wskazał na wyrok KIO 197/18, w którym nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. oferty odwołującego) oraz powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Societa Italiana per Condotte d'Acqua sp.A., INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI sp. z o.o. oraz NDI S.A.

Dnia 16 lutego 2018 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego oraz poinformował o powtórzeniu czynności oceny badania ofert. W ramach tych działań zamawiający pismem z dnia 6 marca 2018 r. wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących sytuacji finansowej. Wykonał czynności, do których został zobowiązany wyrokiem KIO.

Natomiast Odwołujący w odwołaniu kwestionuje zarówno czynności odwołującego mające na celu ustalenie wpływu postępowania restrukturyzacyjnego/upadłościowego toczącego się przed Sądem w Rzymie (Il Tribunale do Roma) przeciwko Liderowi Konsorcjum, na zdolność kredytową odwołującego niezbędną do wykazania spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu oraz posiadanie wymaganej zdolności finansowej do realizacji zamówienia, ale również wytyczne KIO co do zakresu weryfikacji zasobów wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W wyroku 197/18 Izba podkreśliła, że „w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które kończy się w momencie zawarcia umowy z wykonawcą może zaistnieć zmiana sytuacji prawnej lub ekonomicznej wykonawcy, rzutująca na ocenę okoliczności dotyczących sytuacji finansowej wykonawcy, które mogłyby wpłynąć negatywnie na zdolność wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia, gdyż prowadziłyby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

W stosunku do Societa Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a. zostało wydane przez Sąd w Rzymie orzeczenie, w którym udzielono temu wykonawcy terminu (upływającego dnia 18 maja 2018) na przygotowanie ostatecznej propozycji postępowania układowego lub wniosku o sądowe zatwierdzenie uzgodnień w sprawie restrukturyzacji zadłużeń.

Z uwagi na powyższe wystąpiły uzasadnione przesłanki do podjęcia przez zamawiającego czynności wyjaśniających co do wystąpienia podstaw do wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym odwołujący nie jest obecnie uprawniony do kwestionowania czynności wyjaśniających zamawiającego (w tym treści pytań), których celem jest jednoznaczne ustalenie spełniania

przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Odwołanie powinno zatem zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp.

Jednocześnie należy podkreślić, że ustawa pzp w żadnym miejscu nie ustanawia zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu (wyrok KIO 1275/12). Jeżeli zatem zamawiający po dokonaniu takiej weryfikacji, przed podpisaniem umowy poweźmie informacje o podstawie wykluczenia wynikającej ze statusu publicznoprawnego wykonawcy, tj. podstawie zawartej w art. 24 ust. 1 pzp, zobowiązany jest poddać informacje te badaniu. Jeżeli w toku postępowania zamawiający stwierdzi, iż zachodzą przesłanki obligujące go do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, zobowiązany jest to uczynić – art. 24 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 89 ust. 1 pzp statuują bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia stosownych działań w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi, że zaktualizowały się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty” (wyrok KIO z 3 lipca 2012 r. KIO 1275/12).

Ponadto zasadność takiej weryfikacji wykonawcy wynika z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady konkurencyjności, równego traktowania i przejrzystości postępowania, których zamawiający, jak również wszyscy uczestnicy postępowania, zobowiązani są przestrzegać na każdym etapie postępowania, i których naruszenie prowadzi do jego wadliwości.

W wyniku rozpatrzenia odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu w dniu 6 marca 2018 r. Odwołującego (działającego w formie Konsorcjum, przewidzianej w art. 23 ustawy pzp, czyli wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) do złożenia:

wyjaśnień (pismo Zamawiającego nr O.Gd.D-3. AK.241. 292.2018) zmierzających do oceny czy Societa Italiana per Condotte d’Acqua S.p.A. spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej na chwilę późniejszą, aniżeli termin złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

wyjaśnień odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej wyłącznie spółki Societa Italiana per Condotte d’Acqua S.p.A., podczas gdy wyrok KIO z dnia 16.02.2018 r. (sygn. akt: KIO 197/18) dotyczył powtórzenia czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o.; wyjaśnień w zakresie nie odnoszącym się do spełniania łącznie przez Odwoływających warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej najpóźniej na chwilę złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; wyjaśnienia przepisów powszechnie obowiązującego prawa; żądanie od Odwoływających wyjaśnień w sposób niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez żądanie jedynie od Odwoływających wyjaśnień zmierzających do oceny czy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej na chwilę późniejszą, aniżeli termin złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także nieprawidłowego wykonanie pkt 1.1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.02.2018 r. i zamiast powtórzenia czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o., wezwanie Odwoływającego do złożenia wyjaśnień objętych pismem Zamawiającego nr O.Gd.D—3.AK.241.292.2018.

Niesporne w sprawie jest, że wyrokiem z dnia 16 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 197/18 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez obecnego odwoływającego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., INSO Sistemi per le infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o., tj. przez obecnego odwoływającego.

W toku postępowania w sprawie KIO 197/18 zarzut dotyczący niespełniania przez w/w wykonawców warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i żądanie powtórzenia w tym zakresie oceny zostały także uwzględnione przez zamawiającego.

Fakt, iż czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z treścią pkt 1.1 wyroku KIO 197/18 została dokonana przez zamawiającego nie ulega wątpliwości dla żadnej ze stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Zarzuty odwołania sprowadzają się do stwierdzenia przez odwoływającego, iż nakaz ponowienia czynności badania i oceny ofert w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider), INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI Sp. z o.o., NDI S.A., zawarty w pkt 1.1 sentencji wyroku nie został przez zamawiającego wykonany, jako że żądania dotyczące wyjaśnień i dokumentów skierowane zostały w odniesieniu do jednego tylko spośród wykonawców tworzących

konsorcjum. Istotnym zarzutem jest także kwestia dopuszczalności ustalania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień późniejszy niż data składania wniosków o dopuszczenie lub składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skład orzekający Izby uznaje, że czynność wezwania odwołującego przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień sprecyzowanych w wielokrotnie powoływanym piśmie istotnie stanowiła wezwanie do potwierdzenia aktualności w/w oświadczenia w stosunku do jednego z członków konsorcjum firm odwołującego. Zamawiający zapytał bowiem o potwierdzenie spełnienia warunku ekonomicznego przez jednego z konsorcjantów na chwilę obecną.

W ocenie Izby treść i zakres wezwania nie jest sprzeczny i mieści się w zakresie rozstrzygnięcia KIO w sprawie sygn. KIO 197/18, jakkolwiek nie stanowi pełnego wykonania czynności nakazanych tym wyrokiem, bowiem nie obejmuje całościowo kwestii ustalenia spełniania przez odwołującego jako konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) warunków udziału w postępowaniu o charakterze finansowym. Tym samym zasadne jest stwierdzenie, że zamawiający wykonał czynność zgodnie z treścią wyroku Izby oraz uwzględnionym przez siebie żądaniem w sprawie KIO 197/18. Oczywiście jest przy tym, że czynność nakazana nie została jeszcze wykonana z wypełnieniem w całości treści nakazu zawartego w wyroku, natomiast w części dokonanej i skarżonej jest z sentencją wyroku zgodna.

Tym samym zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp wobec stwierdzenia, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Stwierdzając, że skarżona czynność nie może być uznana za pełne wykonanie wyroku Izby należy zauważyć, że postępowanie zamawiającego nie może być ocenione jako naruszające prawo, ma jednocześnie racjonalne uzasadnienie. Sposób wykonania skarżonej czynności wynika z ustaleń dokonanych przez Izbę w toku postępowania w sprawie KIO 197/18, których istotą i podstawą faktyczną rozstrzygnięcia było uwzględnienie zasadności zarzutu o braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej zgłoszonego i opartego na zdolności dotyczącej jednego z członków konsorcjum.

Stąd też nieuzasadnione byłoby abstrahowanie od ustaleń Izby dokonanych w wyroku, gdzie stwierdzono wprost, iż „zachodzą uzasadnione przesłanki do podjęcia przez zamawiającego czynności wyjaśniających w zakresie zaistnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum Societa Italiana z postępowania, biorąc pod uwagę aktualną sytuację finansową lidera konsorcjum którego zasoby finansowe zostały powołane do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.”

W konsekwencji zamawiający, wykonując wyrok KIO, był zobligowany wykonać odpowiadające stanowi faktycznemu czynności zmierzające do ustalenia czy odwołujący

spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, a pierwszą, choć oczywiście nie jedyną z tych czynności powinno być ustalenie, czy sposób potwierdzenia sytuacji finansowej przez zasoby spółki Societa Italiana pe Condotte d'Acqua SpA – lidera Konsorcjum przedstawiony w oświadczeniach banku z 22 października 2015 r. jest nadal aktualny. Ustalenie tego stanu pozwoli zamawiającemu na podjęcie kolejnych czynności tj. albo zakończenia etapu badania i oceny oferty, gdyby dysponowanie przedmiotowymi zasobami nadal było realne, albo wezwanie odwołującego w oparciu o art. 26 ust. 3 do wskazania innych zasobów odwołującego (ubiegającego się o zamówienie jako konsorcjum) na potwierdzenie przedmiotowego warunku.

Art. 26 ust. 4 stanowi, że zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń, w tym w celu ustalenia stanu faktycznego, który budzi uzasadnione wątpliwości. Art. 26 ust. 3 statuuje natomiast obowiązek wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych oraz pełnomocnictw. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i doznaje ograniczenia w taki sposób, że zamawiający może żądać uzupełnienia tych samych dokumentów tylko raz w toku postępowania. Tym samym czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pełnej wiedzy o sytuacji finansowej wykonawcy musiała być poprzedzona procedurą wyjaśnienia w celu prawidłowego sformułowania wezwania w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Wyjaśnienie zaistniałej sytuacji poprzez zadanie pytań w oparciu o art. 26 ust. 4 odnoszących się do aktualnej sytuacji finansowej odwołującego stanowiło więc pierwszy etap procedury badania i oceny ofert, którą nakazała Izba w wyroku KIO.

Tym samym czynność z dnia 6 marca 2018 r. polegająca na wezwaniu odwołującego do odpowiedzi na pytania, stanowi realizację żądań zawartych w uwzględnionym w części odwołaniu KIO 197/18.

Z tego względu odwołanie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z sentencją wyroku Izby w poprzedniej sprawie. Natomiast zarzut odwołania, iż wezwanie do wyjaśnienia aktualności oświadczeń dotyczących wyłącznie jednego z konsorcjantów, a nie całego konsorcjum polega jedynie na domniemaniu co do zdarzeń przyszłych i jeszcze nie zakończonych, bowiem zamawiający nadal pozostaje w toku badania i oceny ofert spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności konsorcjum odwołującego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wezwania do wyjaśnień, które nie dotyczą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp skład orzekający stwierdza, że pytania zamawiającego dotyczą wyjaśnienia, czy dokumenty przedstawione przez odwołującego w 2015 r. są aktualne w sytuacji ogłoszenia przez Sąd w Rzymie wszczęcia postępowania upadłościowego względem spółki lidera konsorcjum. Należy jednoznacznie

stwierdzić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy pzp kończy się z zawarciem umowy z wykonawcą, a w toku postępowania może zaistnieć zmiana sytuacji wykonawcy rzutuująca na ocenę jego predyspozycji do wykonania zamówienia. Zamawiający, zdaniem Izby, ma prawo i obowiązek zbadać, czy wykonawca jest w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie i upewnić się, czy wykonawca wykazywanymi zasobami jest w stanie realnie dysponować przy realizacji zamówienia, a w szczególności ustalić, że zawrze umowę z wykonawcą, który nie podlega wykluczeniu z postępowania. W aktualnym stanie prawnym takie uprawnienie zamawiającego potwierdza przepis art. 26 ust. 2f ustawy pzp, zgodnie z którym zamawiający może na każdym etapie postępowania może wzywać wykonawców do składania dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie podleganiu wykluczenia z postępowania. Powyższe jest potwierdzeniem stanowiska, iż zamawiający może badać sytuację wykonawcy po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co było objęte zaskarżoną w odwołaniu czynnością. Można przy tym zauważyć, że także w wyroku KIO wskazano na celowość, a nawet konieczność takiego badania.

W ocenie składu orzekającego odwołanie jest więc skierowane przeciwko czynności zamawiającego, które są prawidłowe i nie powinny zostać unieważnione jako podjęte zgodnie ze wskazanym wyrokiem Izby i zawierające się w treści nakazu zawartego w wyroku. Czynności zamawiającego odpowiadają prawu, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp.

W świetle powyższego, oczywistym pozostaje, że u podstaw wyroku Izby KIO 197/18 legło przekonanie, że wszczęcie względem lidera konsorcjum postępowania upadłościowego po dacie złożenia przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i po dokonaniu oceny przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum, ma wpływ na ocenę, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą uzyskać zamówienie. Na tej zasadzie, żądanie przez zamawiającego wyjaśnień od odwołującego zmierzających do ustalenia, czy i ewentualnie jaki wpływ na zdolność do realizacji zamówienia ma wszczęcie względem jego lidera postępowania upadłościowego, stanowi realizację wyroku Izby.

Skład orzekający zauważa także, że argumentacja odwołania stanowi w istocie polemikę z argumentacją wyroku Izby w sprawie KIO 197/18, co mogłoby nastąpić ewentualnie w drodze wniesienia skargi na wyrok Izby, nie zaś poprzez kwestionowanie czynności zamawiającego podjętych w celu wykonania tego wyroku.

W ocenie Izby art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp sprzeciwia się temu, aby ponownie badać zarzuty, które zostały już rozstrzygnięte przez Izbę, także w zakresie oceny i rozstrzygnięcia zawartego poza sentencją wyroku, jeżeli sformułowane zostało w sposób jednoznaczny.

Izba uznaje, że w ustalonym stanie sprawy wystąpiły uzasadnione przesłanki do podjęcia przez zamawiającego czynności wyjaśniających co do wystąpienia podstaw do wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym odwołujący nie jest obecnie uprawniony do kwestionowania czynności wyjaśniających zamawiającego (w tym treści pytań), których celem jest jednoznaczne ustalenie spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Odwołanie powinno zatem zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp.

Należy ponownie podkreślić, że ustawa pzp nie ustanawia zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Jeżeli zatem zamawiający po dokonaniu takiej weryfikacji, przed podpisaniem umowy poweźmie informacje o podstawie wykluczenia wynikającej ze statusu publicznoprawnego wykonawcy, tj. podstawie zawartej w art. 24 ust. 1 pzp, zobowiązany jest poddać informacje te badaniu. Jeżeli w toku postępowania zamawiający stwierdzi, iż zachodzą przesłanki obligujące go do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, zobowiązany jest to uczynić – art. 24 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 89 ust. 1 pzp statuują bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia stosownych działań w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi, że zaktualizowały się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty” (por. w tym zakresie wyrok KIO z 3 lipca 2012 r. KIO 1275/12).

Ponadto zasadność takiej weryfikacji wykonawcy wynika z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady konkurencyjności, równego traktowania i przejrzystości postępowania, których zamawiający, jak również wszyscy uczestnicy postępowania, zobowiązani są przestrzegać na każdym etapie postępowania, i których naruszenie prowadzi do jego wadliwości.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zmianami), to jest stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....