**Sygn. akt: KIO 435/15**

**WYROK**
**z dnia 19 marca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2015 r. przez wykonawcę **Multikonsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa – Oddział w Katowicach, ul. Myśliwiecka 5, 40-017 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **ECMG GmbH, Zelinkgasse 10, 1010 Wiedeń oraz SGS sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

**2.** kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa – Oddział w Katowicach, ul. Myśliwiecka 5, 40-017 Katowice i:**



---

**2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Multikonsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa – Oddział w Katowicach, ul. Myśliwiecka 5, 40-017 Katowice** na rzecz **Multikonsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) koszty stanowiącą postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: ……...**



---

**Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na *Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru dla budowy autostrady A1 Tuszyn – Pyrzowice realizowanej w ramach inwestycji pn. „Autostrada A1*

*węzeł Pyrzowice – koniec obwodnicy Częstochowy”* przez Skarb Państwa – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Katowicach (dalej „zamawiający”) wykonawca Multiconsult Polska sp. z o. o.(dalej „odwołujący”) w zakresie zadania nr 2 (odcinek H, odcinek I) złożył odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania konsorcjum firm ECMG GmbH oraz SGS Polska sp. z o. o. (dalej „konsorcjum”),
2. zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
3. wyborze oferty złożonej przez konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie podlega wykluczeniu,
2. art. 91 ust. 1, poprzez wybór – jako najkorzystniejszej – oferty konsorcjum, podczas gdy najkorzystniejsza oferta niepodlegająca odrzuceniu złożona została przez odwołującego; w konsekwencji zamawiający zaniechał wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania czynności powtórnego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podał, że zgodnie z pkt 8. 2.1. SIWZ w sytuacji, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, na zasadach określonych w art 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie



---

tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie – podał także odwołujący – w treści pkt 8.2.2. SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu umożliwienia zamawiającemu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, przedłożył stosowne dokumenty, w tym m.in.: dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej podmiotu, którego zasobami będzie dysponował, zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że z oferty złożonej przez konsorcjum wynika, że wykonawca ten, przy wykonaniu zamówienia będzie korzystał z zasobów SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o.

Podniósł, że konsorcjum ograniczyło się do załączenia do oferty oświadczeń ww. podmiotów, z których wynika, że podmioty te zobowiązują się udostępnić konsorcjum niezbędne zasoby, tj. wiedzę i doświadczenie, a także że nie będą one brały udziału w realizacji zamówienia. Na okoliczność, że konsorcjum przy wykonaniu zamówienia będzie korzystał z zasobów SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s. r. o. odwołujący powołał się na dowód ze zobowiązania SGS Tecnos S.A. z dnia 13 sierpnia 2014 roku oraz zobowiązania SGS Czech Republic s. r. o. z dnia 21 sierpnia 2014 roku, stanowiące załącznik do oferty konsorcjum.

Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, winien udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji

zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Odwołując się do orzecznictwa, podniósł że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów powinno być nie tylko stanowcze i jednoznaczne co do treści, ale musi także określać szczegółowo zakres i rodzaj zasobów oddanych do dyspozycji oraz formę ich udostępnienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2011 roku w sprawie o sygn. KIO 2234/11).

Podniósł nadto, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia, wobec czego złożenie ogólnego oświadczenia, bez jednoczesnego wykazania, w jaki sposób



udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia (odwołał się do wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn. XII Ga 315/11, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 sierpnia 2011 roku, sygn. KIO 1640/11).

Podkreślił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie wyrażany jest pogląd, że jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego formy oraz zakresu udostępnienia, to nie sposób uznać że wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a także że udowodnienie dysponowania zasobem należącym do podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie polega na wyczerpaniu stanu formalnego, polegającego na złożeniu w poczet dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentu tytułowanego "zobowiązanie" powielającego w swej treści brzmienie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp lub innego podobnego dokumentu, ale udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca na podstawie tego udostępnienia uzyska odpowiedni potencjał, w wyniku którego spełni on warunki udziału w postępowaniu (odwołał się do uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2014 roku, KIO/KU 65/14).

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie konsorcjum, powołując się w toku postępowania na zasoby podmiotu trzeciego nie udowodniło zamawiającemu w wymagany sposób, że będzie dysponowało tymi zasobami w toku realizacji zamówienia, ponieważ z dokumentów złożonych przez konsorcjum nie wynika rodzaj i zakres udostępnionych zasobów, czy forma i sposób ich udostępnienia – zdaniem odwołującego dokumenty te mają charakter dalece ogólnikowy i pozostawiają jedynie w sferze domysłów kwestie potencjału, który zostanie realnie i faktycznie udostępniony.

Podał, że w treści zobowiązania z dnia 13 sierpnia 2014 roku SGS Tecnos S.A. „zobowiązał się oddać niezbędne zasoby zgodnie z art. 26 ust. 2b p.z.p ” oraz „podpisać umowę z SGS Polska sp. z o. o. na usługi konsultingowe, regulującą zasady realizacji zobowiązań wynikających z niniejszego zobowiązania”. Natomiast zgodnie z analogicznym dokumentem pochodzącym od SGS Czech Republic s. r. o. z dnia 21 sierpnia 2014 roku, spółka ta zobowiązała się „przekazać zasoby udzielając pełnego wsparcia merytorycznego poprzez pełnienie usługi konsultingowej”.

Odwołujący stanął na stanowisku, że jakiekolwiek zabiegi interpretacyjne odnoszące się do treści ww. dokumentów nie są w stanie dać odpowiedzi na najbardziej nawet podstawowe pytania tzn. jaki ma być zakres i rodzaj udostępnionych zasobów oraz w jaki sposób zasoby te mają być udostępniane. Co więcej – zdaniem odwołującego – cytowane dokumenty, posługując się tak enigmatycznymi i wieloznacznymi sformułowaniami jak „udzielanie pełnego wsparcia merytorycznego", czy „zobowiązuje się oddać niezbędne



zasoby”, nie dają jakichkolwiek wskazówek w tym zakresie – dokumenty te nie określają nawet zasobów, z których będzie mogło korzystać konsorcjum przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Jak wyjaśniło konsorcjum – podał odwołujący – w piśmie do zamawiającego z dnia 12 stycznia 2015 roku SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. będą brały udział w realizacji zamówienia, poprzez „świadczenie usług konsultingowych w zakresie konkretnych problemów związanych z branżowym nadzorem inwestorskim i roszczeniami”.

Zdaniem odwołującego z powyższych dokumentów wynika nie tylko, że SGS Tecnos S. A. oraz SGS Czech Republic s.r.o.:

- nie są zobowiązane do świadczenia jakichkolwiek usług na rzecz konsorcjum (umowy „zostaną zawarte"),
- nie są zobowiązane do użyczenia kompetencji w zakresie realizacji całości zamówienia – w treści zobowiązań mowa jest jedynie o „konkretnych problemach" – podkreślił, że doświadczenie wykonawców wymagane było dla realizacji całego kontraktu, a nie tylko wybranych (i to przez wykonawcę) problemów,
- domniemana pomoc (nie polegająca na uczestnictwie w realizacji kontraktu) ma charakter doraźny, a nie stały,
- użyczenie następuje w drodze bliżej nieokreślonych usług konsultingowych, bez wskazania ich zakresu, czasu reakcji użyczającego, osób zobowiązanych do realnego świadczenia usług, a przede wszystkim sposobu przekazania zasobów.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych, niemożliwym jest wykonywanie usług konsultingowych wyłącznie doraźnie, bez realnego, stałego udziału w wykonywaniu zamówienia, ponieważ z samej istoty nadzoru nad inwestycjami budowlanymi wynika, że ma on charakter dalece dynamiczny i wymaga podejmowania zróżnicowanych działań w bardzo krótkim czasie, wobec czego wykonywanie konsultingu odnośnie do konkretnych, wybranych problemów merytorycznych należy uznać za całkowicie oderwane od realiów nadzoru nad inwestycjami budowlanymi.

Podał przykład, w którym inspektor nadzoru w ramach inwestycji liniowej (autostrada) zobligowany będzie do wzięcia udziału w naradzie koordynacyjnej i wyrażenia swojego stanowiska w razie sporu pomiędzy podwykonawcami – uzgodnienia takie następować muszą dynamicznie, „na gruncie", zazwyczaj w krótkim odcinku czasu, co skłania do postawienia pytania, jak konsorcjum będzie w takim przypadku korzystało z „zasobów" w postaci doradztwa „konsultingu" podmiotu z siedzibą w Czechach ?

Odwołujący podał, że w doktrynie prawa zamówień publicznych podkreśla się, że celem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest umożliwienie wykonawcom



---

realizacji zamówienia przy realnym i faktycznym udziale podmiotu trzeciego, z którego zasobów korzystają.

W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie, wobec enigmatycznej i wieloznacznej treści zobowiązań do udostępnienia zasobów udzielonych przez SGS Tecnos S. A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. należy uznać, że rzekoma współpraca pomiędzy konsorcjum a ww. spółkami stanowi działanie sprzeczne z przepisami, będące w istocie szeroko stosowanym „udostępnianiem" kompetencji jedynie na czas oceny ofert, c o uznać należy za szczególnie szkodliwe dla uczciwości i przejrzystości wyboru najkorzystniejszej oferty i powinny być konsekwentnie zwalczane.

Odwołujący podał, że analogiczny jak w niniejszej sprawie stan faktyczny, z udziałem tego samego zamawiającego był przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 roku (sygn. KIO 2344/14) – wówczas zamawiający udzielił zamówienia konsorcjum, które przedstawiło identyczne jak w niniejszej sprawie zobowiązania SGS Tecnos S. A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. do udostępnienia zasobów.

W uzasadnieniu ww. orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku: „Z powyższych dokumentów, zdaniem Izby, wynika nie tylko, że SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic nie są do niczego konkretnego zobowiązane względem konsorcjum ECMG (i w ogóle względem konsorcjum), ale też, że samo konsorcjum zamierza realizować usługę samodzielnie nie mając wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, a usługa konsultingowa „będzie dotyczyć wybranych problemów merytorycznych" czyli konsorcjum ECMG będzie się zwracać po owe konsultacje jedynie, gdy uzna to za stosowne i w takim zakresie jaki uzna za stosowny albo może w ogóle nie korzystać z owej wiedzy i doświadczenia wskazanych przez siebie podmiotów. Tym samym konsorcjum ECMG rzeczywiście nie udowodniło, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego od przyszłego wykonawcy zamówienia."

Odwołujący zwrócił uwagę na legalną definicję podwykonawstwa, którą można pośrednio wyprowadzić z art. 36 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp, z których wynika, że za podwykonawstwo należy uznać wykonanie całości lub części przedmiotu zamówienia przez

podmiot inny niż wykonawca. Dodał, że przepisy ustawy nie przewidują natomiast instytucji zastępstwa stąd zasadniczo podmiot wykonujący część przedmiotu zamówienia zamiast wykonawcy należy uznać za podwykonawcę (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2013 roku, sygn. KIO 1403/13).

Odwołujący stwierdził, że w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jako oczywisty jawi się fakt, że przekazanie innemu podmiotowi wiedzy i doświadczenia może odbywać się wyłącznie przy realnym udziale w realizacji przedmiotu zamówienia – udostępnienie głównemu wykonawcy przez podmiot trzeci zasobów możliwe jest tylko na zasadzie podwykonawstwa (tak m.in. A. Sołtysińska, G. Wicik, Dopuszczalność powołania się na



zdolności innych podmiotów, „Prawo Zamówień Publicznych" 2009, nr 4, tak też: J. Sadowy „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnienie, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych", 2010 nr 1).

Odwołujący stanął na stanowisku, że w sytuacji gdy przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym (jak np. doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu, to konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia (uczestnictwo podmiotu w wykonaniu zamówienia).

Odwołujący podał, że na gruncie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wedle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w istocie niemożliwym jest udostępnienie określonych zasobów bez faktycznego uczestnictwa w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa.

Tymczasem, wywodził odwołujący, w treści zobowiązań do udostępnienia zasobów przez SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. załączonych do oferty zastrzeżono wyraźnie, że podmioty te „nie będą brały bezpośrednio udziału w realizacji przedmiotowej umowy jako podwykonawca", co należy uznać za sprzeczne z jednoznacznym stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w tym przedmiocie, zgodnie z którym: „Jeżeli przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b p.z.p. są takie zasoby jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter, a także okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji zamówienia. Zatem w przedkładanym zobowiązaniu podmiot trzeci powinien wyraźnie nawiązywać do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, iż podmiot trzeci użycza swojego doświadczenia tylko dla formalnego wykazania spełnienia warunku, co pozostałoby w sprzeczności z celem przepisu art. 26 ust. 2b p.z.p., stanowiącym o możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, jednakże w celu realizacji zamówienia (tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 roku, sygn. KIO 2785/10, KIO 2814/10, z dnia 16 lutego 2011 roku, sygn. KIO 249/2011).

Zwrócił uwagę, że nawet w przypadku gdy SGS Tecnos S. A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. miały w przedmiotowym postępowaniu formalnie status podwykonawców – byłoby to działanie niedopuszczalne jako sprzeczne z literalną treścią SIWZ, ponieważ w SIWZ zamawiający wskazał istotne ograniczenie w przedmiocie możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom, tzn. zgodnie z pkt. 5.5 SIWZ: „Zamawiający nie wprowadza zastrzeżenia wskazującego na obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia". Odwołujący podał, że podwykonawstwo zostało przez zamawiającego dopuszczone jedynie w odniesieniu do części zamówienia, a z przedstawionego fragmentu SIWZ wynika, że wykonawca nie może powierzyć wykonania



zamówienia podwykonawcom w części innej niż „kluczowa" – podwykonawstwo może odbywać się wyłącznie w zakresie kluczowej części zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 3ba ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy, jednakże zgodnie z postanowieniami SIWZ w niniejszej sprawie możliwość taka została skutecznie wyłączona.

Podniósł, że ze zobowiązań do udostępnienia zasobów złożonych przez SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. nie wynika, że będą one uczestniczyć w realizacji

zamówienia co do części kluczowej; przeciwnie – treść tych zobowiązań, w których mowa o „wsparciu przez pełnienie usługi konsultingowej", wskazuje jednoznacznie, że udział podmiotów trzecich ograniczyłby się ewentualnie, jedynie do części zamówienia, której niewątpliwie nie można uznać za „kluczową".

Odwołujący podsumował, że przystępujący winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że wobec zaistnienia przesłanek wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a także przesłanek odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ofertę najkorzystniejszą, stosownie to treści art. 91 ust. 1 ustawy Pzp złożył odwołujący, którego oferta winna zostać wybrana w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 11 marca 2015 r., *Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie* z dnia 16 marca 2015 r., *Pisma procesowego odwołującego* z dnia 17 marca 2015 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia zażądał (dla zadania numer 2) wykazania się przez wykonawców kilkoma usługami polegającymi na pełnieniu nadzoru nad realizacją opisanych zadań/ robót.

Zgodnie z pkt 8.2.1. SIWZ w sytuacji, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych



---

innych podmiotów, na zasadach określonych w art 26 ust 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie zaś z pkt. 8.2.2.2) SIWZ zamawiający zażądał, aby wykonawca w celu umożliwienia zamawiającemu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, przedłożył stosowne dokumenty, w tym w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Przystępujący to wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: ECMG GmbH z Wiednia (lider) oraz SGS Polska Sp. z o.o. z Warszawy (partner).

W Formularzu ofertowym w pkt. 7 przystępujący oświadczył, iż zamówienie zrealizuje nie samodzielnie, ale przy udziale podwykonawców w zakresie: „nadzór inwestorski" oraz „działania promocyjne".

W pkt. 8 Formularza ofertowego przystępujący oświadczył nadto: „podmioty udostępniające zasoby nie będą podwykonawcami, nie będą brały bezpośrednio udziału w realizacji przedmiotu zamówienia".

Wraz z ofertą przystępujący złożył zobowiązania dwóch podmiotów, na zasoby których powołał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o.

Pierwszy z podmiotów zobowiązał się: „oddać niezbędne zasoby tj. wiedzę i doświadczenie zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy Prawo Zamówień Publicznych do

dyspozycji SGS Polska Sp. z o.o. (…), na okres niezbędny do wykonania przez SGS Polska Sp. z o.o. wyżej wymienionego zamówienia" oraz do „podpisania umowy z SGS Polska Sp. z o.o. na usługi konsultingowe regulującej zasady realizacji zobowiązań wynikającej z niniejszego zobowiązania. Okres realizacji usługi konsultingowej realizowanej przez SGS Tecnos S.A. nie będzie krótszy niż czas realizacji usługi przez SGS Polska Sp. z o.o. Firma SGS Tecnos S.A. nie będzie brać bezpośrednio udziału w realizacji przedmiotowej umowy jako podwykonawca. SGS Tecnos S.A. nie będzie stroną umowy zawartej pomiędzy


---

SGS Polska Sp. z o.o. a Zamawiającym".

Drugi z podmiotów zobowiązał się: „oddać niezbędne zasoby tj. wiedzę i doświadczenie zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy Prawo Zamówień Publicznych do dyspozycji SGS Polska Sp. z o.o. (…) na okres niezbędny do wykonania przez SGS Polska Sp. z o.o. wyżej wymienionego zamówienia" oraz oświadczył, że „przekaże w/w zasoby udzielając pełnego wsparcia merytorycznego poprzez pełnienie usługi konsultingowej na rzecz SGS Polska Sp. z o.o. dotyczącej – wydawania opinii oraz stałego doradztwa dotyczących realizacji przedmiotowej usługi". Podmiot – SGS Czech Republic s.r.o. – zobowiązał się także do „podpisania umowy z SGS Polska Sp. z o.o. na usługi konsultingowe regulującej zasady realizacji zobowiązań wynikających z niniejszego zobowiązania. Okres realizacji usługi konsultingowej realizowanej prze SGS Czech Republic, s.r.o. nie będzie krótszy niż czas realizacji usługi przez SGS Polska Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego. Firma SGS Czech Republic, s.r.o. nie będzie brać bezpośrednio udziału w realizacji przedmiotowej umowy jako podwykonawca. SGS Czech Republic, s.r.o. nie będzie wykonywać w zastępstwie SGS Polska Sp. z o.o. czynności przypisanych jako Wykonawcy w umowie z Zamawiającym".

W Wykazie wykonanych usług przystępujący ujął – w części A – wyłącznie usługi zrealizowane przez podmioty udostępniające zasoby wiedzy i doświadczenia, zaś w części B – jedną zrealizowaną przez SGS Polska Sp. z o.o., która stanowiła składową żądanej przez zamawiającego usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją robót o wartości co najmniej 150 mln PLN brutto (zarządzanie kontraktem budowa obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A i dł. przęsła 30m lub dł. obiektu powyżej 50m).

.

Zamawiający dwukrotnie – pismami z dnia: 7 i 29 stycznia 2015 r. – zwracał się do przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z wezwaniem do złożenia wyjaśnień co do zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających przystępującemu swoje zasoby wiedzy i doświadczenia.

Dwukrotnie także – pismami z dnia 12 stycznia 2015 r. i 4 lutego 2015 r. – przystępujący składał wyjaśnienia co do ww. zobowiązań.

W piśmie z dnia 7 stycznia 2015 r. zamawiający zażądał wyjaśnień, wskazując że w Formularzu ofertowym w pkt. 8: „wpisano adnotację: „nie dotyczy – podmioty udostępniające zasoby nie będą podwykonawcami, nie będą brały udziału w realizacji przedmiotu zamówienia", a nadto nie załączono do oferty oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotów, na zasobach, których przystępujący polega, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a które to podmioty będą brały udział w realizacji części


---

zamówienia. Zamawiający wskazał nadto, że „dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział (bezpośredni lub pośredni) podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia. Tym samym oświadczenie, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia nie znajduje zastosowania w zakresie udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia".

Zażądał złożenia wyjaśnień, „jaki jest faktycznie zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia w odniesieniu do zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia w jakim zakresie i w jaki sposób nastąpi wsparcie, doradztwo oraz usługi konsultingowe o których mowa w pisemnych zobowiązaniach podmiotów trzecich".

Składając wyjaśnienia, w piśmie z dnia 12 stycznia 2015 r., przystępujący potwierdził, że podmioty udostępniające mu zasoby wiedzy i doświadczenia nie będą podwykonawcami, wskazując jednocześnie iż będą one brać udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. zgodnie ze złożonym zobowiązaniem będą realizować usługi konsultingowe. Wyjaśnił, że „podmioty będą brały rzeczywisty udział w realizacji zadania poprzez świadczenie usług konsultingowych w zakresie konkretnych problemów związanych z branżowym nadzorem inwestorskim i roszczeniami". Przystępujący złożył także oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotów udostepniających zasoby.

W piśmie z dnia 29 stycznia 2015 r. zamawiający zażądał wyjaśnień: „czy i jak wykonawca ułoży swoją współpracę z podmiotem trzecim w sposób, który zapewni realne przekazanie wiedzy i doświadczenia bez podwykonawstwa w sensie ścisłym. Udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji, zwłaszcza zasobów nierozerwalnie związanych z podmiotem udostepniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy".

Składając wyjaśnienia, w piśmie z dnia 4 lutego 2015 r., przystępujący zastrzegł, że zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami przystępującego zawartymi w piśmie z dnia 4 lutego 2015 r. skład orzekający Izby ustalił, że nie nawiązywały one w żadnym stopniu do zadeklarowanego przez przystępującego w Formularzu ofertowym w pkt. 8 udziału w realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawców (podmiotów innych iż podmioty udostępniające zasób wiedzy i doświadczenia przystępującemu) w części „nadzór inwestorski", a nadto wykraczały poza usługi konsultingowe, które podmioty trzecie wskazały



---

w swoich zobowiązaniach – strona druga wyjaśnień, tiret drugi (od słowa: „Stałego").

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zarzut wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 z naruszniem ustawy Pzp potwierdził się.

Żadna ze stron, jak i przystępujący nie kwestionowali, że celem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest umożliwienie wykonawcom realizacji zamówienia przy realnym i faktycznym udziale podmiotu trzeciego, z którego zasobów korzystają.

Uwzględniając – jako konieczny – realny udział podmiotów udostępniających przystępującemu swoje zasoby wiedzy i doświadczenia w celu wykazania spełniania warunku, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku co do żądanej przez zamawiającego wiedzy i oświadczenia, co w konsekwencji oznacza, że zamawiający nie był uprawniony do wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie składu orzekającego Izby udostępnienie przystępującemu zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmioty trzecie, tj. SGS Tecnos S.A. i SGC Czech Republic s.r.o. nie może zostać zakwalifikowane jako realne ze względu na ujętą treścią oferty przystępującego formułę realizacji przedmiotu zamówienia.

Z zestawienia oświadczeń zawartych w pkt. 7 i w pkt. 8 Formularza ofertowego przystępującego wynika, że przewidziana przez przystępującego formuła realizacji przedmiotu zamówienia opiera się na wykonaniu zamówienia w części „nadzór inwestorski" oraz „działania promocyjne" przez podwykonawców, którymi nie będą jednak udostępniające przystępującemu zasoby wiedzy i doświadczenia podmioty, tj. SGS Tecnos S.A. i SGC Czech Republic s.r.o.

Abstrahując od tego, czy „usługi nadzoru" i „działania promocyjne" wyczerpują zakres koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia czynności (przedmiot zamówienia został określony przez zamawiającego jako zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót dla wskazanych kontraktów), czy też stanowią „jedynie" jego części, to niewątpliwie „nadzór inwestorski" stanowi kluczową część zamówienia (choć

zamawiający posługując się w postanowieniu 5.5. SIWZ sformułowaniem „kluczowych części zamówienia" części tych nie zdefiniował) – wskazuje na to zarówno struktura Formularza cenowego, w ramach której wynagrodzenie ekspertów kluczowych to wynagrodzenie


---

głównych inspektorów nadzoru, jak i – przede wszystkim – sformułowany przez zamawiającego w pkt. 7.2.2) [zadanie 2] – wymóg wykazanie się przez wykonawcę ubiegającego się o to zamówienie publiczne wiedzą i doświadczeniem w postaci wykonania usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją kilku zadań/robót.

Wobec przyjęcia przez przystępującego formuły realizacji zamówienia w kluczowej części – nadzoru inwestorskiego przez podwykonawców, koniecznym było wykazanie przez przystępującego realnego charakteru udostępnienia przez podmioty trzecie ich zasobów wiedzy i doświadczenia w takiej właśnie formule.

Podnieść należy, że oba podmioty trzecie – SGS Tecnos S.A. i SGC Czech Republic s.r.o. – zobowiązały się oddać niezbędne zasoby wiedzy i doświadczenia do dyspozycji SGS Polska sp. z o.o., tj. członka konsorcjum przystępującego wykonawcy.

W sytuacji, gdy to nie sam wykonawca miałby sprawować nadzór inwestorski, ale miałby nadzór ten sprawować poprzez podwykonawców (których wiedzy i doświadczenia zamawiający nawet nie zna) to – w ocenie składu orzekającego Izby – dla wykazania realnego charakteru udostępnienia przez podmioty trzecie ich wiedzy zasobów i doświadczenia koniecznym było wykazanie przez przystępującego, jak wymagał tego zamawiający postanowieniem pkt. 8.2.2.2) lit. b oraz lit. d SIWZ, sposobu wykorzystania zasobów tych podmiotów oraz zakresu ich udziału przez pryzmat udziału podwykonawców, czego w złożonych przez przystępującego dokumentach wraz z ofertą, a nawet składanych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach nie sposób się doszukać – nie nawiązują one do udziału innych podmiotów – podwykonawców.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że podmioty trzecie zobowiązały się do oddania niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia względem członka konsorcjum wykonawcy przystępującego, nie zaś względem innych podmiotów w tym podwykonawców przystępującego wykorzystania wobec czego wykazanie zamawiającemu sposobu udostępnionych zasobów jest nie mniej nieodzowne jak wykazanie samego sposobu udostępnienia tych zasobów przez podmioty trzecie.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że ewentualne zwracanie się przez przystępującego do podmiotów trzecich, na podstawie złożonych przez nie wraz z ofertą przystępującego zobowiązań, o udzielenie konsultacji w sytuacji, gdy przystępujący uzna to za stosowne i w takim zakresie, jaki uzna za stosowny (co miałoby miejsce, jak należałoby domniemywać ze względu na udział podwykonawców, w sytuacji uznania potrzeby skorzystania z konsultacji przez podwykonawcę lub podwykonawców), tj. przez wykonawcę który nie wykazał w zakresie nadzoru żadnego znaczącego własnego doświadczenia


---

(jedynie składową żądanej przez zamawiającego usługi) oznacza w istocie, że przystępujący nie jest w stanie realnie skorzystać z zasobu wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, toteż wybór złożonej przez przystępującego oferty jako najkorzystniejszej był niedopuszczalny.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu w zadaniu nr 2 z naruszeniem ustawy Pzp nie potwierdził się.

Pomimo uznania, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez złożone wyjaśnienia skład orzekający Izby nie uznał zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu w zadaniu nr 2, ponieważ przystępujący nie został dotychczas wezwany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, co stanowi obowiązek zamawiającego wynikający z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (bez względu na to, na ile

prawdopodobnym jest wykazanie spełniania warunku przez przystępującego w świetle oświadczeń zawartych w pkt. 7 i 8 Formularza ofertowego oraz dotychczasowych wyjaśnień przystępującego), a „jedynie" był wzywany do składania wyjaśnień.

Podkreślenia wymaga, że oba „rodzaje wezwań" stanowią odrębny sposób konwalidacji oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 nie potwierdził się.

Wobec tego, że skład orzekający izby nie uznał zasadności zarzutu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu w zadaniu nr 2 wobec tego, że zamawiający nie wykonał dotychczas obowiązku wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się także zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej – wybór oferty odwołującego byłby w tym stanie rzeczy co najmniej przedwczesny.

Wobec potwierdzenia się pierwszego z zarzutów skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie.



---

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący: ………………………………..**