Sygn. akt: KIO 1426/15
KIO 1433/15

WYROK
z dnia 23 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń, Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 16 i 20 lipca 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2015 r. przez:

A. **wykonawcę Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119,**
B. **wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25**

przy udziale wykonawcy **Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1433/15 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Egis Polska Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1426/15, KIO 1433/15 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1426/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. oddala odwołanie wykonawcy Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119
1B. oddala odwołanie wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119 i TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:
A. wykonawcę Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119,
B. wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34
tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawcy **Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25** kwotę **1800 zł 00 gr** (słownie : jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa

prawnego
2.3. zasądza od wykonawcy **TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25** kwotę **1800 zł 00 gr** (słownie : jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

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 pózn. 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: ……

Sygn. akt: KIO 1426/15
KIO 1433/15

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na Zarządzanie projektem „Projekt i budowa drogi ekspresowej S2 Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku węzła „Puławska" do węzła „Lubelska" z podziałem na trzy zadania:
- zadanie „A" - od węzła „Puławska" (bez węzła) do węzła „ Przyczółkowa" (bez węzła) o długości ok. 4,6 km;
- zadanie „B" - od węzła „Przyczółkowa" (z węzłem) do węzła „ Wał Miedzieszyński" (z węzłem) o długości 6,5 km;
- zadanie „C" - od węzła „Wał Miedzieszyński" (bez węzła) do węzła „Lubelska" (bez węzła) o długości ok. 7,5 km, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz dostawa sprzętu laboratoryjnego. Nr przetargu 21/2014.
Zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 lipca 2014r. za numerem 2014/S 140-251520.
W dniu 26 czerwca 2015 zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Egis Polska Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182 – dalej Egis
Sygn. akt KIO 1426/15
W dniu 6 lipca 2015r. odwołanie wniósł wykonawca Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119 – dalej Getinsa. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 lipca 2015r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 marca 2013r. udzielonego uchwałą zarządu spółki podjętą w pełnym składzie i ujawnionego w Rejestrze Handlowym Prowincji Madryt. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 6 lipca 2015r.
Odwołanie zostało wniesione od zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez TPF Sp. z o.o. (dalej „TPF") jako niejawnych:
a) Wykazu Wiedza i doświadczenie,
b) Oświadczeń o użyczeniu zasobów wraz z dokumentami złożonymi z tymi oświadczeniami, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis Polska Inżyniera Sp. z o.o. (dalej „Egis"), na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień

---

publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy), pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynika

postępowania, zaniechania wykluczenia wykonawcy TPF, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, z ostrożności procesowej - jeśli wykonawca TPF nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - zaniechania wezwania TPF do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaniechania odrzucenia oferty TPF na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści siwz, niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na przyznaniu przez zamawiającego ofercie odwołującego zbyt małej ilości punktów w kryterium „Metodyka"' oraz niewłaściwego miejsca w rankingu ofert, niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na ocenie oferty odwołującego w kryterium „Metodyka" niezgodnie z określonymi w siwz kryteriami ocen, niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na ocenie oferty Odwołującego w kryterium „Metodyka" niezgodnie z określonymi w siwz zasadami oceny ofert w kryterium „Metodyka".
Odwołujący zarzucił zamawiającemu:
1. niezgodną z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Egis jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez TPF:
a) Wykazu Wiedza i doświadczenie,
b) Oświadczeń o użyczeniu zasobów wraz z dokumentami złożonymi z tymi oświadczeniami,
pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Egis i TPF, pomimo iż wykonawcy ci nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 3) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Egis, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mleć wpływ na wynika postępowania,

---

5. naruszenie przepisu art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty TPF, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści siwz,
6. z ostrożności procesowej - jeśli TPF nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania TPF do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
7. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ustawy, przez przyznanie ofercie odwołującego nieprawidłowej Ilości punktów w kryterium „Metodyka" z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w siwz, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
4. wykluczenia z postępowania TPF i Egis,
5. odrzucenia oferty TPF,
6. z ostrożności procesowej - wezwania TPF do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
7. przyznania ofercie odwołującego większej ilości punktów w kryterium „Metodyka" zgodnie z uzasadnieniem odwołania,
8. dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z siwz,
9. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy) odwołujący żąda od zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący uważa, ze został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.
Odwołujący wskazał, że w wyniku pierwszej oceny ofert oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu 3, podczas gdy oferta Konsorcjum Mott MacDonald uzyskała

---

miejsce 1, a oferta Egis - miejsce 2. Oferta TPF została sklasyfikowana na miejscu dalszym niż oferta odwołującego - stąd też odwołujący nie miał wtedy interesu, aby podnosić zarzuty w stosunku do TPF. Dopiero w wyniku ponownej oceny ofert oferta Egis została sklasyfikowana jako pierwsza, zaś oferta TPF - jako oferta na miejscu 2. Stąd też wnosząc odwołanie od czynności w ramach drugiej oceny ofert odwołujący uzyskał interes, aby podnosić zarzuty w stosunku do wykonawcy TPF i złożonej przez niego oferty, co czyni w niniejszym odwołaniu.
W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia części oferty TPF, odwołujący wskazał, że objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:
1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.
Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.
Odnośnie zaś warunku trzeciego {tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - odwołujący zaznaczył, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.
W ocenie odwołującego dokonane przez TPF zastrzeżenie jawności Wykazu Wiedza i doświadczenie oraz Oświadczeń o użyczeniu zasobów wraz z dokumentami złożonymi z tymi oświadczeniami jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn.

---

akt: III CZP 74/05) zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. zamawiający naruszył więc przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.
Co do wykazu wiedzy i doświadczenia, to odwołujący biorąc pod uwagę opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, uważa, że bardzo prawdopodobne jest, iż aby spełnić

warunki udziału w postępowaniu, wykonawca wykazać się musi doświadczeniem w realizowaniu projektów na rzecz podmiotów publicznych, a w przypadku tego sektora właśnie zamówienia realizowane są w trybie zamówień publicznych. To natomiast implikuje niemożność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o wszelkich zamówieniach zrealizowanych w wyniku zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku bowiem reguła jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego obejmuje również jawność zawartej w jego wyniku umowy oraz jawność wszystkich informacji na temat takich umów - informacje te są jawne zarówno w Polsce, jak i w Unii Europejskiej oraz większości państw na świecie. Zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Nie sposób w ocenie odwołującego uznać, aby informacje w zakresie wykazywanych dostaw i usług na rzecz podmiotów publicznych, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje takie obejmujące nazwę zamawiającego, na rzecz którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, zakres zamówienia, termin realizacji oraz cenę brutto - nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie. Potwierdziła to wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku o sygn. akt: KIO 657/11, wyroku o sygn. akt KIO 1730/11, wyroku o sygn. akt KIO 657/11, wyroku o sygn. akt KIO 1438/11, wyroku KIO sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, wyroku KIO sygn. akt: KIO 776/12.
Ponadto odwołujący wskazał, że zawarte ,w takich wykazach usług informacje nie mają wartości uzasadniającej utajnienie - nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy inne posiadające wartość gospodarczą. A to ze względu na fakt, że zawierają wyłącznie dane o wartości, dacie wykonania czy też podmiocie zamawiającym. Co więcej - skoro mają one potwierdzać spełniania warunków określonych w siwz - to przedmiotowy wykaz zawiera de facto powtórzenie treści siwz. Tym bardziej, iż zastrzeżone informacje, dostępne są na stronach internetowych wykonawców - gdzie wykonawcy zamieszczają informacje o wykonanych projektach.
W przypadku gdyby projekty zawarte w Wykazie wiedza i doświadczenie wykonane były na rzecz podmiotów prywatnych, odwołujący podkreślił, że także w takiej sytuacji nie można

przyjmować bezkrytycznie skuteczności objęcia całości wykazu tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym miejscu wskazać należy na ugruntowane w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone choćby w wyroku z dnia 4 marca 2011 roku o sygn. akt: KIO 322/11. W ocenie odwołującego charakter wymaganych w siwz danych, jakie należy podać w wykazie i dokumentach, potwierdzających ich należyte wykonanie, ma walor na tyle ogólny, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oczywistym jest dla odwołującego, iż właśnie charakter informacji zawartych w Wykazach usług uniemożliwia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa - nie posiadają bowiem charakteru handlowego czy organizacyjnego takie dane jak wartość zamówienia, czy też data jego realizacji. Podkreślił, iż dane zawarte w Wykazach usług wynikają z warunków udziału określonego przez zamawiającego w ogłoszeniu i siwz - tym samym w tym zakresie nie ma mowy o spełnianiu ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Pogląd taki zaprezentował także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 listopada 2008 r., sygn. akt: V Ca 2037/08, w którym stwierdził, iż „informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji, wynikają pośrednio z warunku określonego przez zamawiającego. A jeśli tak, to wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec ich poufności, a z kolei zamawiający - obowiązany do stwierdzenia tegoż - nie mógł ich nie ujawniać (art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).
Stanowisko zgodne z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała już wielokrotnie, można, zdaniem odwołującego, wręcz mówić o ugruntowanym już orzecznictwie w tym zakresie np. wyrok o sygn. akt KIO/UZP 371/10, wyrok o sygn. akt KIO 1730/11, wyrok o sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11, wyrok o sygn. akt KIO 331/12 I KIO 333/12.
W świetle powyższego odwołujący uważa za jak najbardziej słuszne jest stanowisko, iż co najmniej usługi wykonane na rzecz zamawiających publicznych, zobowiązanych do stosowania regulacji dotyczących dostępu do Informacji publicznej - z samej swojej istoty nie realizują przesłanek art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż w stosunku do nich nie jest realizowana przesłanka braku ujawnienia do wiadomości publicznej. Jest rzeczą oczywistą, iż wszystkie umowy zawarte z podmiotami publicznymi w

trybie Prawa zamówień publicznych są informacją publiczną - i każdy ma do nich dostęp. Co więcej - informacje zawarte w tych umowach są publikowane w Internecie, na stronach Biuletynu Informacji Publicznej danego zamawiającego.
Co więcej - odwołujący uważa, że projekty wskazane w przedmiotowym Wykazie zostały już uprzednio upublicznione, między innymi poprzez zamieszczenie ich w jawnych częściach jawnych ofert. Przykładowo odwołujący wskazał na wykaz zawarty w ofercie w postępowaniu na „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A1 Stryków - Węzeł Tuszyn" (kopia w załączeniu).

Co do oświadczenia o użyczeniu zasobów wraz z dokumentami złożonymi z tymi oświadczeniami, to odwołujący - wnioskując z innych ofert składanych w postępowaniach prowadzonych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad - uważa, że TPF nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym zamieścił w ofercie Zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu takich zobowiązań, z czego należy wnioskować, że zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak i dokumenty złożone wraz z tymi zobowiązaniami.
Zdaniem odwołującego w/w dokumenty nie zawierają żadnych informacji, które spełniałyby definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze odwołujący wskazał, że zobowiązania miały zostać sporządzone według wzoru załączonego do oferty - a zatem objęcie całego dokumentu (wszystkich informacji) tajemnicą jest nadużyciem prawa. Skoro zamawiający określił jego wzór, to co najmniej w tym zakresie, w jakim podpisane zobowiązanie stanowi odzwierciedlenie wzoru - powinno być jawne i udostępnione wszystkim wykonawcom.
Po drugie - w części zobowiązania wypełnionego samodzielnie nie znajdują się żadne informacje, które byłyby na tyle szczegółowe, aby posiadały wartość gospodarczą.
Po trzecie — tajemnicą nie jest też sam fakt współpracy z danym podmiotem — gdyż TPF ujawniał już uprzednio w swoich ofertach, od kogo użycza zasoby i z kim współpracuje. Jest to chociażby TPF PLANEGE Consultores de Engenharia e Gestao SA, oraz jak choćby w przypadku niniejszego postępowania EURO-PROJECT BIURO INŻYNIERYJNO-CONSULTINGOWE. Mając powyższe na uwadze odwołujący uważa, że zastrzeżenie przez TPF informacji zawartych w w/w dokumentach jest bezprawne, gdyż informacje te nie spełniają przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.
Podsumowując - zdaniem odwołującego w stosunku do przedmiotowych zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione co najmniej przesłanki nieujawnienia do informacji publicznej oraz posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa. Dodatkowo odwołujący wskazał, iż jego zdaniem także trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona. Otóż zdaniem odwołującego TPF w wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, iż podjął w stosunku do tych Informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wobec braku wykazania spełniania tej przesłanki w wyjaśnieniach - informacje nie mogą, zgodnie z definicją legalną, zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa. Samo zaś objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej informacji nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki - tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 czerwca 2012r. o sygn. KIO 1016/12. Odwołujący uważa, że faktycznym powodem zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia

---

konkurencji, poprzez uniemożliwienie konkurentom (w tym odwołującemu) weryfikacji ofert w w. wykonawców pod kątem zgodności z siwz i ustawą. W tym miejscu odwołujący przytoczył wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2040/10.
Ponadto - jeśli TPF nie wykazał zamawiającemu spełnienia się wszystkich trzech przesłanek, to także w takiej sytuacji zamawiający powinien dokument ten udostępnić. Odwołujący uważa, że do takiego wykazania nie doszło. Na wadliwość takiego zastrzeżenia, bez wykazania spełnienia przesłanek definicji legalnej, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2036/12, czy też w wyroku z dnia 4 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2294/11.

Powyższa kwestia precyzyjnego wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W sytuacji takiej jak niniejsza odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś wyjaśnienia zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadała się wielokrotnie, przykładowo: w wyroku z dnia 8 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2079/10, w wyroku z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2294/11, w wyroku z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, w wyroku z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 457/12, w wyroku z dnia 5 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12, w wyroku z dnia 20 czerwca 2011 roku, sygn. akt: KIO 1172/11, w wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 2036/12, w wyroku z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11 oraz w wyroku z dnia 4 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2294/11.
Na zakończenie odwołujący zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasada jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego wskazano kilka przykładowych orzeczeń: wyrok KIO/UZP 338/09, wyrok KIO 1080/11, wyrok KIO 2294/11, wyrok KIO 776/12, wyrok KIO 1016/12, wyrok KIO 457/12, wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12, wyrok KI01409/12 i KIO 1428/12.

Skoro zatem objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy, w ocenie odwołującego, w tym zakresie stosować zasadę exceptiones non sunt extendendae - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu" tajemnicy, czy też przyjęciu przez zamawiającego „na słowo", że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem odwołującego - w/w wykonawca nie wykazał zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w/w dokumentów oraz nie uzasadnili faktu nie zastosowania fundamentalnej zasady jawności postępowania.
Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia Egis z udziału w postępowaniu, to odwołujący wskazał, że Egis nie wykazał spełniania następującego warunku udziału w postępowaniu: „Wykonawca musi wykazać średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat" pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi") w wysokości nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN". Kwestia ta badana już była przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku z dnia 30 marca 2015 roku, sygnatura akt: KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15 i KIO 476/15 stwierdziła, że Egis nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej i nakazała wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego także po uzupełnieniu dokumentów Egis nie wykazał spełniania warunków w postępowaniu. Przede wszystkim odwołujący podkreślił, że zarzut dotyczy warunku zdolności ekonomicznej i finansowej i kwestii udostępnienia tego zasobu. W

przypadku udostępnienia tego typu zasobów realność udostępnienia należy badać właśnie pod kątem tego, czy rzeczywiście podmiot udostępniający znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, która daję rękojmię należytego wykonania kontraktu oraz czy realne udostępnienie tej sytuacji ekonomicznej i finansowej ma miejsce. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 863/15 z dnia 11 maja 2015 roku badając tę kwestię (zresztą w odniesieniu także do wykonawcy Egis) stwierdziła: „Nie sposób twierdzić, że realności udostępnienia zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego realizuje się przez oddanie do

dyspozycji wskaźników charakteryzujących sytuację ekonomiczną przedsiębiorcy; te bowiem nierozerwalnie związane są z podmiotem, którego kondycję charakteryzują. Innymi słowy nie jest możliwe proste posługiwanie się przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskaźnikami właściwymi innemu podmiotowi. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że o realnym udostępnieniu omawianego zasobu można mówić w sytuacji, gdy za wykonawcą powołującym się na tą okoliczność stoi wiarygodność ekonomiczna podmiotu trzeciego. rozumiana zarówno jako zdolność prowadzenia interesów, jak i uznanie, renoma i uczestnictwo w obrocie gospodarczym, na które to elementy powoływał się Odwołujący." Izba bardzo słusznie zwróciła uwagę na wiarygodność ekonomiczną podmiotu trzeciego, który udostępnia przedmiotowy zasób. Skoro warunek udziału w postępowaniu ma wykazywać dobrą sytuację danego wykonawcy, to oczywistym jest, że podmiot udostępniający zasoby musi być wiarygodny ekonomicznie, musi dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia. Tymczasem spółka Egis Poland Sp. z o.o. w ocenie odwołującego, nie daje takiej rękojmi i z całą pewnością odwołujący stwierdził, że nie jest to podmiot wiarygodny ekonomicznie. Otóż Egis Poland Sp. z o.o. od lat ponosi straty, w roku 2011 strata 1 678 890,53 PLN, 2012 strata 373 915,09 PLN, 2013 strata 50 889,01 PLN, 2014 strata 9 488 411,38 PLN. Zgodnie z wymaganiem 8.2.8 ppkt 1) siwz w przypadku udostępnienia zasobów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej do oferty powinny zostać dołączone między innymi „Część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanym(ch) sprawozdaniu(ach) w części dotyczącej rachunku zysków i strat". Tym samym w ofercie Egis powinny znaleźć się te dokumenty i powinny one podlegać badaniu - czy Egis Poland Sp. z o.o. ma taką wiarygodność ekonomiczną, która potwierdza - w zastępstwie Egis - że Egis daje rękojmię należytego wykonania umowy. Zdaniem odwołującego podmiot, który od lat ponosi wyłącznie straty, nie daje takiej rękojmi - a zatem Egis nie wykazał spełniania przedmiotowego warunku. Nie może też już być wzywany o uzupełnienia, gdyż wezwanie takie -zgodnie z wyroku Izby - miało już miejsce.
Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał także na kolejną okoliczność, która potwierdza, iż Egis nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Otóż w odpowiedzi na uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, Egis - działając w wykonaniu wyroku KIO z dnia 30 marca 2015 roku, sygnatura akt: KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15 i KIO 476/15 - przedstawił między innymi umowę o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014 roku oraz aneks (bez numeru) z dnia 10 października 2014 roku. Kwestia charakteru umowy o współpracy była już badana przez Izbę (wyrok KIO 863/15 z dnia 11 maja 2015 roku), która stwierdziła ogólność charakteru umowy i uznała, że charakter rzeczywisty ma aneks nr 1 z dnia 24 października 2014 roku, który to aneks strony zawarły na okoliczność

uszczegółowienia zasad współpracy w innym postępowaniu, prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku. Odwołujący podkreślił następującą okoliczność — Egis przedłożył już w dniu 25 marca na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (tylko Oddziałowi w Gdańsku) inny aneks do przedmiotowej umowy o współpracy - przy czym aneks ten miał numer 1. Należy zatem uznać, że był to pierwszy aneks podpisany do przedmiotowej umowy o współpracy.
Tymczasem Egis, dokonując uzupełnienia w niniejszym postępowaniu - złożył aneks bez numeru i z datą zawarcia 10 października 2014 roku. Odwołujący twierdzi, że aneks ten nie istniał w dacie 10 października i został sporządzony na potrzeby niniejszego postępowania, już po dacie wyroku KIO z dnia 30 marca 2015 roku, sygnatura akt: KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15 i KIO 476/15. Za powyższym przemawiają zasady doświadczenia życiowego -

skoro 24 października 2014 roku zawarto aneks nr 1, to oczywistym dla odwołującego jest, że przed tą datą nie zawarto żadnego innego aneksu. Oczywistym jest, że nie istnieje obowiązek wynikający z przepisów prawa, który nakłada na strony obowiązek nadawania kolejnym aneksom kolejnych numerów. Jednakże po pierwsze - właśnie doświadczenie życiowe potwierdza, że numery takie są zwyczajowo nadawane. Po drugie zaś-gdyby wszystkie aneksy do umowy o współpracy nie miały w ogóle numerów, to można by uznać, że zwyczajem w Grupie Kapitałowej jest nie nadawanie numerów aneksom. Jednakże, skoro aneks z dnia 24 października 2014 roku ma numer i jest to numer pierwszy - to wynika z tego wprost, że w Grupie Kapitałowej Egis, tak samo jak w standardzie obowiązującym na rynku, nadaje się numery kolejnym aneksom. Po drugie zaś - że aneks bez numeru, opatrzony datą 10 października 2014 roku, został sporządzony w innej dacie, z całą pewnością po 24 października 2014 roku (gdyż nie jest aneksem nr 1, może być zatem co najwyżej aneksem następującym po aneksie nr 1).
Jeśli zaś aneks bez numeru został sporządzony pod dacie 24 października 2014 roku, to skutkiem tego jest okoliczność, iż na dzień złożenia ofert i udostępnienia zasobów (Zobowiązanie do oddania zasobów ma datę 10 października 2014 roku) Egis nie dysponował zasobami w sposób realny - a zatem nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.
Co więcej - przedłożenie aneksu z datą 10 października 2014 roku, w sytuacji, w której z całą pewnością został on sporządzony po dacie 24 października 2014 roku stanowi czyn złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania - a zatem Egis powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust, 2 pkt 3 ustawy.
Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że dokumenty przedłożone przez Egis w wyniku uzupełnienia nie wykazują spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zarówno umowa o współpracy, jak i aneks są na tyle ogólne, że nie wykazują rzeczywistego, realnego udziału Egis Poland Sp. z o.o. w realizacji zamówienia w sposób, który zapewniałby

skorzystanie z użyczonego zasobu. Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy w przypadku wezwania wykonawcy do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu ciężar dowodu takiego wykazania ciąży wyłącznie na wezwanym wykonawcy - w tym przypadku na Egis. Egis temu ciężarowi dowodu nie sprostał.
Co do zarzutu zaniechania wykluczenia TPF z udziału w postępowaniu i zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, to warunkiem udziału w postępowaniu jest między innymi wykazanie się wiedzą i doświadczeniem, które miały być weryfikowane przez zamawiającego w następującym zakresie:
„1) wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:
a) 2 zadań polegających na projektowaniu i budowie lub projektowaniu i przebudowie lub budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy min. S o wartości robót co najmniej 500 000 000 PLN brutto każde;"
Według najlepszej wiedzy odwołującego TPF nie posiada wiedzy I doświadczenia, które spełniałoby powyższy warunek. W okresie ostatnich 3 lat TPF nie zrealizował żadnego projektu w systemie „projektuj i wybuduj" o wartości robót przewyższającej 500.000.000 złotych brutto. Okoliczność ta został potwierdzona przez samego wykonawcę TPF w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku na „Kontynuację projektu i budowy autostrady Al Stryków - Węzeł Tuszyn". W postępowaniu tym w wykazie A (Wykazie głównych usług) TPF wskazało tylko na jeden projekt, który ma wartość robót przekraczającą 500.000.000 złotych brutto i wszystkie wykazane usługi były w systemie „buduj", mimo iż zamawiający wymagał referencji w systemie „projektuj I buduj". Oświadczenie to zostało złożone na dzień 17.10.2014 roku (pozycja 3 Wykazu A). Wskazane projekty dla robót o wartości przekraczającej 500.000.000 złotych brutto nie spełniają warunków określonych w siwz, gdyż projekt z pozycji 1 oraz 2 został zakończony wcześniej niż 3 lata przed terminem składania ofert i dotyczą nadzoru nad budową drogi a nie nadzoru nad projektem nad projektem I budową, zaś zamawiający jednoznacznie wymagał usługi dla systemu „projektuj I buduj"
Skoro zatem TPF nie posiada własnego doświadczenia w tym zakresie, musiałby wykazać się zasobami użyczonymi w trybie art. 26 ust. 2b ustawy. Odwołujący nie ma wiedzy w tym zakresie, gdyż oferta TPF została bezpodstawnie utajniona w zakresie zobowiązań do

udostępnienia zasobów. Z pozostałej treści oferty należy jednak wnioskować, że TPF nie przewidział korzystania z doświadczenia i wiedzy podmiotów trzecich w zakresie przedmiotowego warunku, a to wobec faktu, że nie przewidział podwykonawstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie innym niż „Główny inspektor Nadzoru Robót Mostowych zadanie B". W punkcie 8 oferty (str. 2 oferty) TPF wyraźnie wskazał, że tylko w

zakresie jednego z zadań - Zadania B i tylko w zakresie wskazanego Inspektora korzystać będzie z podwykonawcy. Stąd też zdaniem odwołującego należy wnioskować, że w pozostałym zakresie przedmiot zamówienia realizować będzie samodzielnie. Tymczasem zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przy powoływaniu się na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego wykonawca zobowiązany jest wykazać realny sposób wykorzystania zasobów których posiadania wymagał zamawiający w warunku, zatem sposób korzystania z zasobów oraz zakres udziału podmiotów trzecich w realizacji przedmiotu zamówienia musi być powiązany zarówno z zakresem wymaganego przez zamawiającego w postawionym warunku doświadczenia, ale również z wykazywanym na potwierdzenie spełniania warunku doświadczeniem danego podmiotu, (por. np. wyrok KIO 247/15 z dnia 24 lutego 2015 roku). Oczywiście za każdym razem należy sposób wykorzystania zasobu analizować w odniesieniu do danego zasobu. W przypadku zasobu wiedza i doświadczenie istnieje tylko jeden możliwy sposób korzystania z takiego zasobu - a mianowicie udział podmiotu, który udostępniał swoją wiedzę i doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem z oferty TPF wynika wprost, że podmiot ten udziału w realizacji zamówienia brać nie będzie, gdyż TPF nie przewiduje żadnego podwykonawstwa w tym zakresie. Odwołujący nie przesądza, że podwykonawstwo jest w ogóle jedynym możliwym sposobem udostępnienia zasobów, jednakże akurat w przedmiotowej sytuacji, tj. w przy udostępnieniu potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia , z uwagi na charakter tych zasobów nierozerwalnie związanych z podmiotem, którego dotyczą, jedyną możliwą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, zapewniającą rzeczywiste skorzystanie z zasobów, jest w ocenie odwołującego podwykonawstwo. Żadne szkolenia, udzielenie know-how i tym podobne usługi doradcze nie zrealizują bowiem przesłanki korzystania z zasobu, który to zasób jest związany tylko z podmiotem, który zasobu użyczył. Wobec faktu, że samo zobowiązanie do użyczenia zasobów jest w chwili obecnej niejawne, odwołujący zawnioskował o szczegółowe zbadanie tego zobowiązania, czy rzeczywiście podmiot użyczający zobowiązał się w nim do realizacji przedmiotu zamówienia i w jakim zakresie. Wobec w/w wskazanej treści oferty o braku pod wykonawstwa należy zdaniem odwołującego wnioskować, że z oferty nie wynika spełnianie przez TPF warunków udziału w postępowaniu.
Zdaniem odwołującego wobec w/w brzmienia pkt 8 oferty nie można też uzupełnić oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż TPF złożyło wyraźne oświadczenie o zakresie podwykonawstwa, stąd też w innym zakresie nie może korzystać z usług, a tym samym z wiedzy i doświadczenia, podwykonawcy.
Z ostrożności procesowej, jeśli okazałoby się, że TPF zadeklarował korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, ale nie wykazał realnego udziału tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia - odwołujący wskazał, że zastosowanie powinien mieć art. 26 ust. 3 ustawy, jeśli

jeszcze TPF nie był wzywany w tym zakresie o uzupełnienie. Odwołujący może nie mieć pełnej wiedzy w tym zakresie ze względu na utajnienie części dokumentacji postępowania.
W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty TPF odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami, jakie postawił zamawiający, w formularzu cenowym w pozycjach 1.4 „Personel biurowy i pomocniczy" wykonawcy winni uwzględnić:
" 1. Pozycja powinna obejmować całość kosztów opisanych w OPZ i umowie w zakresie kosztów administracyjnych, biurowych, personelu biurowego i pomocniczego w tym asystentów, także asystentów Geodety {oprócz asystentów wymienionych w kategorii "Inni eksperci"), tłumaczy, samochodów, etc.", zaś TPF w przedmiotowej ofercie dla niniejszej pozycji uwzględnił cenę 2 172,56 zł i na rozprawie w sprawie o sygnaturze KIO 473/15, przedstawiając zaświadczenie o stawce minimalnej pensji na powyższa wysokość, potwierdził, że zamierza zatrudnić na dane stanowisko tylko jednego asystenta. Zgodnie z wymogami, jakie postawił zamawiający w niniejszej pozycji, winni być nie tylko pracownicy

biurowi (administracyjni), ale również asystenci zespołu, w tym również asystenci geodetów. Wobec faktu, że TPF uwzględnił tyko jedną osobę na tym stanowisku, podczas gdy wymagania siwz były znacznie większe - TPF w swojej ofercie nie uwzględnił wszystkich asystentów i pomocników. Stanowi to o niezgodności treści oferty z treścią siwz i stanowi podstawę odrzucenia oferty.
Odnośnie zarzut dokonania oceny oferty Getinsa w kryterium „Metodyka" niezgodnie z postanowieniami siwz przez przyznanie ofercie Getinsa zbyt małej ilości w kryterium „Metodyka", to uzasadnienie zarzutu zostało zawarte w Załączniku Nr 1 do odwołania - ze względu na fakt, że cześć oferty „Metodyka" została objęta tajemnica przedsiębiorstwa

W dniu 8 lipca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 9 lipca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Egis Polska Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182 – zwany dalej Egis, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zatem w przypadku utrzymania tej decyzji zamawiającego będzie mógł zawrzeć umowę o przedmiotowe zamówienie. Zgłoszenie zostało podpisane członka zarządu, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 9 lipca 2015r. drogą elektroniczną.

W dniu 10 lipca 2015r. swój udział w sprawie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34 – dalej TPF, wskazując, iż przystąpienie dotyczy zarzutów artykułowanych pod kątem TPF. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jest wykonawcą, którego oferta nie została odrzucona, wniósł samodzielne odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, które w przypadku uwzględnienia może doprowadzić do udzielenia TPF zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 lipca 2015r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 9 lipca 2015r.

W dniu 14 lipca 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołującego są niezasadne i powinny zostać oddalone w całości.
Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia części oferty TPF, zamawiający uznał, że zarzut jest bezzasadny i zasługuje w całości na oddalenie. Stwierdza, że odwołujący tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zwracał się do zamawiającego z wnioskiem o wyznaczenie terminu wglądu do ofert, bądź udostępnienie ich skanów. Uczynił to w dniu 21 października 2014r,, tj, w okresie tuż po otwarciu ofert (co miało miejsce w dniu 13 października 2014r.). Zamawiający nie udostępnił wówczas odwołującemu wykazu Wiedza i Doświadczenie oraz oświadczeń o użyczeniu zasobów, wraz z dokumentami złożonymi z tymi oświadczeniami, gdyż zastrzeżone były one jako tajemnica przedsiębiorstwa. W toku postępowania, w dniu 5 marca 2015 r. Wykonawca TPF stwierdził, że nie zachodzi konieczność nieujawniania informacji zawartych w części jego oferty i wyraził zgodę na udostępnienie dokumentów i oświadczeń zawartych na stronach od 45 do 82.
Odwołujący był świadomy, że wykonawca TPF dokonał odtajnienia w/w dokumentów już w marcu 201.5 roku, tj. od czasu rozprawy KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 470/15, KIO 473/15, KIO 476/15. Dodatkowo odwołujący otrzymał w dniu 2 lipca.2015 roku skan pisma TPF z dnia 5 marca 2015, w którym wykonawca TPF odtajnił w/w dokumenty. Odwołujący po uzyskaniu w/w wiedzy nie wystąpił z żadnym wnioskiem do zamawiającego o udostępnienie części oferty TPF, której dotyczą zarzuty odwołania. Zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2010 Nr 223, poz. 1458) załączniki do protokołu udostępnia się na wniosek.

Zamawiający oświadczył, że w trosce o jawność i przejrzystość postępowania przekazał odwołującemu w dniu 14 lipca 2015 roku przy piśmie znak O.WA.D-3,241.21.2014.sch.563.2015 skany odtajnionej części oferty wykonawcy TPF, oraz korespondencję między zamawiającym a TPF w zakresie odtajnionej części oferty.
Co do zarzutu zaniechania wykluczenia Egis z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust, 2 pkt 4 ustawy, to w ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony. Odwołujący opiera swoje zarzuty na fakcie, iż wykonawca Egis w uzupełnieniu na podstawie wezwania zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunku zdolności ekonomicznej przedstawił umowę o współpracy zawartą między wykonawcą Egis a Egis Poland Sp. z o.o. (dalej Egis Poland), która to umowa tego warunku nie potwierdza,
Odwołujący wskazał, że przedstawiona przez Egis umowa wraz z aneksem są na tyle ogólne, że nie wykazują rzeczywistego, realnego udziału EGIS Poland w realizacji zamówienia w sposób, który zapewniałby skorzystanie z użyczonego zasobu.
Zamawiający wskazał, iż powoływanie się na zasoby ekonomiczne innego podmiotu jest uprawnieniem wykonawcy wynikającym z przepisów odniósł, się do wykładni wspólnotowej art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) i podkreślił, że dopuszczalne jest powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego także w zakresie zdolności ekonomicznej.
Zamawiający wskazał na swobodę zamawiających kształtowania warunków udziału w postępowaniu ograniczoną jedynie art. 7 ust. 1 ustawy, na treść pkt 7.2.4. IDW oraz stwierdził, że nie ma wątpliwości, że określone przez niego warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca Egis potwierdził za pomocą potencjału podmiotu trzeciego, należącej do tej samej grupy kapitałowej Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-670), ul. Puławska 182. W ocenie zamawiającego mamy do czynienia z tzw. stosowną sytuacją w rozumieniu dyrektyw unijnych, Potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt b) nie jest kwestionowane przez odwołującego. Przedmiotem zarzutu jest skuteczność potwierdzenia warunku opisanego w pkt a). W tym zakresie Odwołujący kwestionuje; (i) wiarygodność ekonomiczną Egis Poland Sp. z o.o. tj. podmiotu udostępniającego Egis swój potencjał ekonomiczny oraz (ii) realność udostępnienia tego zasobu. Odnośnie wiarygodności ekonomicznej Egis Poland Sp. z o.o. zamawiający wskazał, iż wiarygodność ta była przedmiotem badania zgodnie z kryteriami ustanowionymi w IDW. Przedłożone przez Egis dokumenty uzasadniają stwierdzenie, że Egis spełnia wymagania określone w pkt 7.2 IDW. W odniesieniu do kwestionowanej przez odwołującego realności przekazania zasobów od Egis Poland Sp. z o.o. na rzecz Egis zamawiający wskazał, iż w wyniku wykonania wyroku z dnia 30 marca 2015 r. sygn. akt KIO

457/15, KIO 464/15, KIO 470/15, KIO 473/15, KIO 476/15, w odpowiedzi na pismo numer GDDKiA.O.WA.D-3.241.21.2014.sch.258.2015 z dnia 15 kwietnia 2015r. wykonawca Egis w dniu 20 kwietnia 2015 r. przy piśmie znak 187/Egis/C/T1/CS/ACK/2015 przedstawił zamawiającemu kopię Umowy współpracy z dnia 1 sierpnia 2014 r. zawartą pomiędzy Egis Poland Sp, z o.o. i Egis.
Przedmiotem tej umowy jest określenie warunków umów, jakie strony mogą w przyszłości zawrzeć, a których przedmiotem są:
A. Usługi rachunkowo-księgowe, finansowe oraz kontroling,
B. Usługi w zakresie obsługi kadrowej,
C. Usługi w zakresie bieżącego zarządu EGIS POLSKA INŻYNIERIA oraz obsługa administracyjno - sekretarska,
D. Zarządzanie inwestycjami i projektami,
E. Usługi w zakresie przygotowywania ofert (czynności prawne, administracyjne i

wszelkie inne związane z koordynacją i opracowaniem ofert).
F. Obsługa prawna.
G. Usługi IT.
W pozostałej części Umowy współpracy określono w sposób szczegółowy zakresy czynności, do wykonania w ramach ww. usług. W załącznikach przedstawiono finansowe warunki współpracy. Ponadto w Aneksie z dnia 10 października 2014r. („Aneks") Egis Poland zobowiązało się, iż w oparciu o zasady i zakres opisany w umowie o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014r. (w szczególności w ramach obowiązków wynikających z części C i D umowy) podejmie wszelkie kroki niezbędne do tego, by wykonawca Egis w sposób należyty i zgodny z oczekiwaniami zamawiającego zrealizował zamówienie oraz zagwarantowało względem zamawiającego oraz podmiotów trzecich, iż zamówienie zostanie w taki właśnie sposób wykonane przez Egis (§ 1 ust 2 Aneksu).
W szczególności zaś doprecyzowało zakres swoich zobowiązań w zakresie „gwarantowania" należytego wykonania niniejszego zamówienia, w tym m. in. Egis Poland przyjęło zobowiązanie do udzielenia Egis stosownych poręczeń, o których mowa w art. 876 k.c, ewentualnie - według wyboru zamawiającego -przystąpienie do długu Egis, tj, zobowiązało się względem Egis do spełnienia świadczenia na rzecz zamawiającego z takim skutkiem, że zamawiający będzie mógł żądać bezpośrednio od Egis Poland spełnienia zastrzeżonego świadczenia (§ 1 ust. 3 b Aneksu). Egis Poland przyjęło także inne zobowiązania, których zamawiający nie wskazuje, gdyż są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Egis Poland oświadczyło również, że w razie zaistnienia takiej konieczności, na warunkach uzgodnionych z zamawiającym, wystąpi w charakterze podwykonawcy Egis i będzie realizowało przedmiot zamówienia w sposób bezpośredni.
W ocenie zamawiającego przedłożone dokumenty w sposób bardzo skonkretyzowany wiążą obie strony w taki sposób, iż należało je uznać za wystarczający dowód na uzyskanie

realnego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego przez Egis. Chociaż, jak twierdzi odwołujący sytuacja ekonomiczna to zespół wskaźników o charakterze ekonomicznym dotyczących np. wielkości obrotów, płynności finansowej, zysku itp., a więc wartości, które charakteryzują daną jednostkę i jako takie z nią nierozerwalnie związane, nie oznacza to, że nie można ich w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy przekazać. Podobny stan faktyczny był przedmiotem kontroli Prezesa UZP nr KU/105/14 i został uznany za poprawny na gruncie ustawy. Realność uzyskania przez Egis dostępu do zasobów Egis Poland Sp. z o.o. wynika więc przede wszystkim z dokumentów, które Egis przekazała zamawiającemu, Niezależnie od powyższego zdaniem zamawiającego podkreślenia wymaga fakt, że Egis i Egis Poland Sp. z o.o. należą do tej samej grupy kapitałowej. W kontekście do tego warto przywołać wyrok KIO 1698/14 z dn. 01.09.2014 r. w uzasadnieniu, którego wskazano: „Przepis art, 26 ust. 2b ustawy co prawda stanowi, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, co jednak nie oznacza, iż ocena charakteru i wagi tych stosunków, nie może być jednym z elementów składających się na ocenę udowodnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie. Dla przykładu: innego rodzajów dowodów i zakresu staranności w dowodzeniu możliwości dysponowania potencjałem należało będzie oczekiwać od podmiotów ze sobą niepowiązanych, a na innym poprzestać w przypadku podmiotów pozostających ze sobą w ścisłych związkach kapitałowych, rodzinnych, etc. Przyjąć można zdaniem zamawiającego, iż w niektórych przypadkach samo wykazanie tego typu powiązań pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym swoje zasoby, stanowiło będzie wystarczający dowód możliwości dysponowania potencjałem podmiotu udostępniającego (porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 września 2013 roku sygn, akt KIO 2030/13),". Kierując się przywołanym powyżej wyrokiem stwierdzić należy, iż w przedmiotowej sprawie o realności uzyskania przez Egis dostępu do zasobów Egis Poland Sp. z o.o., świadczy (prócz przedstawionych przez Egis dokumentów) również fakt powiązania kapitałowego pomiędzy Egis Poland Sp. z o.o. a Egis.
Odnosząc się do zarzutu odwołującego, Iż „przedłożenie aneksu z datą 10 października 2014, w sytuacji, w której z całą pewnością został on sporządzony po dacie 24 października 2014 roku stanowi czyn złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania", Zamawiający stwierdził, iż odwołujący nie przedstawił żadnych niepodważalnych dowodów na tę okoliczność. Odwołujący sam stwierdza, że nie istnieje

obowiązek wynikający z przepisów prawa, który nakłada na strony obowiązek nadawania kolejnym aneksom kolejnych numerów.
Podsumowując powyższe zamawiający stwierdził, iż Egis spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki dotycząc sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawca Egis potwierdził za pomocą potencjału Egis Poland Sp. z o.o., tj, podmiotu trzeciego, należącej do tej samej grupy kapitałowej, spełnienie warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i

finansowej wykonawcy określonych przez zamawiającego w pkt 7.2 IDW. Dokumenty przedstawione przez Egis a także fakt powiązania kapitałowego Egis i Egis Poland Sp. z o.o. nie daje podstaw do kwestionowania realności udostępnienia tego potencjału, Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Egis z postępowania. Konsekwentnie zamawiający stwierdził, iż podniesiony przez odwołującego zarzut zaniechania wykluczenia Egis z postępowania jest bezzasadny.
W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia TPF z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, to w ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony.
Zamawiający podkreślił, że w najnowszym orzecznictwie KIO a także orzecznictwie sądów powszechny wskazuje się, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy należy interpretować wąsko (zob. 3, Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015, Legalis). W wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r. KIO 1048/14 wskazano, iż: „Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że dana informacja nie odzwierciedla stanu rzeczywistego. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewnego wywołanego np. nieścisłością czy też podanie informacji, które nie w pełni oddają stan rzeczywisty. Ciężar dowodu wykazania nieprawdziwości informacji spoczywa na wykonawcy domagającym się wykluczenia innego wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji". Również w innych wyrokach KIO oraz wyrokach sądów powszechnych podkreśla się, że warunkiem skorzystania z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest pewność co do faktu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Tytułem przykładu zamawiający wskazał wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r. (KIO 1048/14), wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), Podsumowując powyższe zamawiający stwierdził, iż podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, musi być pewność co do złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, natomiast ciężar dowodu wykazania nieprawdziwości informacji spoczywa na wykonawcy domagającym się wykluczenia innego wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji. W przedmiotowej sprawie zamawiający stoi na stanowisku, że w/w zarzut opiera się tylko i wyłącznie na domniemaniach odwołującego co do zamiarów i zakresu uczestnictwa Egis Poland w realizacji zamówienia. Zamawiający uważa, że nie ma podstaw do uznania, że uzupełniony przez Egis dokument opatrzony datą 10 października 2014 roku stanowi informacje nieprawdziwą. Domniemania, na których swoje twierdzenia opiera odwołujący, nie są poparte żadnymi dowodami, a zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie dopatrzył się żadnych nieprawidłowości w tym zakresie.
Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia TPF z udziału w postępowaniu, to w ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony.

Zamawiający podkreślił, że jak wynika z samej treści warunku każdy z wykonawców mógł spełnić powyższy warunek, przedstawiając na dowód zrealizowanie dwóch zadań polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją kontraktów dotyczących m. in. budowy dróg klasy minimum S. Całkowicie nieuzasadnione są twierdzenia odwołującego, wskazujące na to, że zamawiający wymagał referencji wyłącznie w systemie „projektu i buduj". Użycie przez zamawiającego spójnika „lub" w przywołanym warunku oznacza, że warunek ten jest spełniony w sytuacji gdy wykonawca wykaże się wiedzą i doświadczeniem przy realizacji usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej 2 zadań polegających zarówno na: (i) projektowaniu i budowie, (ii) projektowaniu i przebudowie, (iii)

budowie (iv) przebudowie, dróg lub ulic minimum S o wartości robót co najmniej 500 000 000 PLN brutto każde, Nie sposób więc, w ocenie zamawiającego uznać, że opisany warunek jest spełniony jedynie w przypadku przedstawienia referencji dotyczących co najmniej 2 zadań w systemie „projektuj i buduj",
Wykonawca TPF w przedmiotowym postępowaniu spełnił warunek Wiedza i Doświadczenie wykazując posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia, polegającego na pełnieniu nadzoru nad realizacją nie dwóch, a czterech zadań o wartości robót przewyższającej 500 000 000 PLN brutto. Wszystkie wykazane przez wykonawcę TPF zadania zostały zakończone w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w rozumieniu zapisów SIWZ.
Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty TPF, to w ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony. W odniesieniu do powyższego zarzutu zamawiający zaznaczył, że postanowienia siwz w zakresie przywołanego powyżej wymogu uległy zmianie w toku postępowania. Wraz ze zmianą siwz nr 3 (wprowadzoną wraz z pismem zamawiającego nr GDDKiA-O/WA/D-3/S,C./1034/2014 z dnia 18 września 2014 roku, znajdujące się pod Formularzem Cenowym „Uwagi do Formularza Cenowego" zostały usunięte. W ich miejsce wprowadzano „Uwagi Zamawiającego". Wykreślono w ten sposób cytowany powyżej wymóg odnoszący się do poz. 1.4 Formularza cenowego. Wprowadzono natomiast następując wymogi, dotyczące kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia;
1. Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ.
2. Każda pozycja składająca się na „Personel biurowy i pomocniczy" tj, pozycja 1,4.1, 1.4.2, 1.4.3, 1.4.4 musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta oraz całość kosztów związanych z zapewnieniem wszystkich Innych asystentów, którzy nie zostali wymienieni w kategorii „Inni eksperci", a którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.

Zgodnie z przywołanym powyżej wymogiem dotyczącym pozycji kosztów administracyjnych, kwota wskazana przez konkretnego wykonawcę w pozycji 1.4.1-1.4.4 ma obejmować całości kosztów administracyjnych związanych z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta oraz całość kosztów związanych z zapewnieniem wszystkich asystentów. Nie ma podstaw do twierdzenia, że ten wymóg zobowiązuje wykonawcę do zatrudnienia konkretnej liczby personelu biurowego (w tym personelu biurowego i pomocniczego, asystentów, w tym asystentów Geodety). Taki wymóg nie wynika również z OPZ oraz z Umowy. Na marginesie zamawiający dodał, iż taki wymóg nie wynika również z poprzedniego (tj. nieaktualnego) postanowienia siwz, którego dotyczy zarzut odwołującego. Tym samym bezpodstawne jest twierdzenie o niezgodności oferty TPF z treścią SIWZ.
Niezależnie od powyższego, zamawiający wyjaśnił, że badanie rażąco niskiej ceny było przedmiotem posiedzenia KIO w marcu 2015, podczas którego Izba badała m.in. poszczególne kwoty jednostkowe w odniesieniu do np. Konsorcjum Mott MacDonald czy Wykonawcy Egis Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 marca 2015 r. sygn. akt KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 470/15, KIO 473/15, KIO 476/15 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający dokonał w sposób prawidłowy badania rażąco niskiej ceny i nie dopatrzyła się uchybień w przedmiotowym zakresie. Zamawiający zaznacza, że za kwotę niższą od oferty Wykonawcy TPF. w zakresie poz, 1,4.1, 1.4.2 i 1.4.3 Konsorcjum Mott MacDonald potwierdziło, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz.
Co do zarzutu dokonania oceny oferty Getinsa w kryterium „Metodyka" niezgodnie z postanowieniami siwz i przyznania ofercie Getinsa zbyt małej ilości punktów w kryterium „Metodyka", zamawiający uznał, że zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony. Wszelkie działania zamawiającego, zarówno na etapie przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia realizowane były zgodnie z art. 7 Pzp, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a wszelkie czynności wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.
Opracowanie „Metodyka", do którego złożenia byli zobowiązani wykonawcy było oceniane w ramach kryterium o wadze 40%. Miało więc istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej,

w związku z czym jego ocena musiała zostać i została dokonana z należytą starannością, a przede wszystkim zgodnie z zapisami siwz.
Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu w siwz określono precyzyjnie sposób oceny merytorycznej części ofert w ramach kryterium "Metodyka". W siwz określono cztery (4) pod kryteria i szczegółowo zdefiniowano, które elementy oferty poddawane będą ocenie w każdym Podkryterium i jaka liczba punktów może zostać w ich ramach przyznana. Przyjęty w siwz sposób oceny był respektowany przez członków komisji przetargowej w stosunku do wszystkich wykonawców na tych samych zasadach. Przy ocenie ofert oraz

przyznawaniu punktów za przedstawione w Metodyce propozycje w kryterium „Metodyka" zachowany był pełen obiektywizm.
Zamawiający oceniał i przyznawał punkty w każdym Podkryterium, zgodnie z zasadami opisanymi w siwz a w szczególności te stanowiące iż:
„W sytuacji, gdy w opracowaniu „Metodyka" Wykonawca zaproponuje dodatkowe działania nieadekwatne do celu jaki ma zostać osiągnięty w ramach danego podkryterium wówczas Zamawiający nie przyzna punktów za zaproponowane działanie. Podobnie w sytuacji, gdy Wykonawca w opracowaniu „Metodyka" zidentyfikuje obszary ryzyka nieadekwatne do przedmiotu zamówienia wówczas Zamawiający nie przyzna punktów za zidentyfikowane ryzyko"
Wszystkie punkty jakie otrzymał odwołujący były przyznane zgodnie z wyżej określonymi zasadami. Zamawiający stanowczo podtrzymuje, iż jego zamiarem było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz.
Zamawiający zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 marca 2015r. sygn. akt. 457/15, 464/15, 473/15 i 476/15 dokonał ponownej analizy oceny „Metodyki". Każde z podkryteriów „Metodyki" było oceniane indywidualnie, obiektywnie i niezależnie przez każdego z Członków Komisji Przetargowej - zgodnie z postanowieniami poz. 14.3. IDW pkt 7) ust. b) „każde z powyższych Podkryteriów oceniane będzie indywidualnie przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej. Punkty będą przyznawane indywidualnie przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej dla każdego Podkryterium". Suma punktów ze wszystkich podkryteriów „Metodyka" przyznana ocenianemu opracowaniu odwołującego „Mo" wyniosła 38 punktów na 40 punktów możliwych do uzyskania. Najwyższa punktacja z ocenianych opracowań „Mmax" wyniosła 38 punktów. Punktację taką otrzymał odwołujący oraz wykonawca TPF. Zamawiający zauważył, że żaden z pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie nie uzyskał wyższej punktacji.

W części dotyczącej zarzutów co do oceny w poszczególnych podkryteriach, ze względu na objęcie Metodyki odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa, odpowiedź na odwołanie została zawarta w Załączniku Nr 1.
Zamawiający uważa, że nie uchybił żadnym przepisom ustawy Pzp i zarzuty odwołującego nie mogą zostać uznane, a tym samym odwołanie winno zostać oddalone.
W dniu 15 lipca 2015r. odwołujący wniósł dalsze pismo procesowe cofając zarzut zaniechania odtajnienia części oferty TPF oraz zarzut zaniechania wykluczenia TPF z udziału w postępowaniu i zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy. W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał odwołanie wskazując, że nie ma możliwości udowodnienia okoliczności daty sporządzenia aneksu opatrzonego datą 10 października 2014r. W ocenie odwołującego zamawiający zignorował argumentację odwołującego i pominął istotną okoliczność, że na zamawiającym ciąży obowiązek oceny przedkładanych mu w toku

postępowania dokumentów w tym oceny tych dokumentów w świetle całości stanu faktycznego. Zamawiający nie dokonał tej oceny w świetle zasad doświadczenia życiowego. Odwołujący przedstawił rys historyczny kiedy i w jakich okolicznościach zamawiającemu (w obu Oddziałach) przedstawiane były jakie dokumenty związane z udostępnieniem Egis zasobów ekonomicznych i ocenił, że wiedza i doświadczenie życiowe powinny zamawiającego doprowadzić do wniosku, że aneks z dnia 10 października 2014r. powstał po 24 października 2014r., a to z kolei powoduje, że Egis nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik

postępowania. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty TPF, to odwołujący podniósł, że na rozprawie w sprawie sygn. akt KIO 473/15 sam TPF przedkładał dokumenty w celu potwierdzenia, ze dla pozycji „personelu biurowego i pomocniczego" minimalną kwotę jaka należy uwzględnić dla „chociażby jednej osoby" jest kwota zgodna z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę czyli 2 172, 56zł. W świetle powyższego sam TPF przyjął do realizacji zamówienia w poz. 1.4. „Personel biurowy i pomocniczy" wyłącznie jednego asystenta. Zamawiający w swoich wymaganiach co do poz. 1.4.1 – 1.4.4 posługiwał się liczbą mnogą „osób", „asystentów". Ponadto odwołujący analizują okres trwania kontraktu stwierdził, że na każdy z odcinków zamawiający planował zatrudnienie co najmniej 3 geodetów, co powodowało konieczność zatrudnienia co najmniej 3 asystentów. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy mieli wycenić koszt dniówki, a nie ilość. TPF uwzględnił tylko 1 pracownika biurowego nie uwzględniając żadnego asystenta dla personelu kluczowego ani ekspertów. TPF zapewnił 3 pracowników biurowych na ponad 100 specjalistów i inżynierów, co w ocenie odwołującego pozostaje w sprzeczności z nakazem zamawiającego rzetelnej oceny składu personelu wynikającej z odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 1 zestawu I z dnia 1 sierpnia 2014r. Podniósł, ze taki zarzut jaki jest obecnie przedmiotem odwołania nie był w ogóle podnoszony. Odnosząc się do argumentacji zamawiającego związanej z oceną oferty odwołującego w kryterium Metodyka, to odwołujący podniósł, że zamawiający nie odniósł się do merytorycznej treści zarzutu. Odwołujący nie kwestionuje faktu, ze uzyskał najlepszą punktację, ale wskazał w odwołaniu konkretne zarzuty, co do sposobu oceny i je podtrzymuje.

Sygn. akt KIO 1433/15
W dniu 6 lipca 2015r. odwołanie wniósł wykonawca TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34. Odwołanie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 lipca 2015r. drogą elektroniczną.

Odwołujący wskazał, że działania i zaniechania zamawiającego wskazane w odwołaniu naruszają interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. oraz nieprawidłową ocenę oferty odwołującego utracił on możliwość uzyskaniu zamówienia. W związku z faktem, że odwołujący złożył ofertę w postępowaniu a czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiły mu uzyskanie zamówienia co może doprowadzić do poniesienia szkody, odwołujący uważa, że przysługuje mu prawo do złożenia niniejszego odwołania.
Zamawiającemu zarzuci naruszenie następujących przepisów ustawy :
1. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „wykonawca Egis") pomimo niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust 2 pkt 3) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Egis pomimo podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Egis pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 91 ust. 2 ustawy przez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w kryteriach oceny ofert i nieprzyznaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium Metodyka;
5. art. art. 7 ust.1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK") przez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Egis pismem z dnia 20 kwietnia 2015r.
Wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. wykluczenia wykonawcy Egis z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
4. odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Egis pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r.
Odwołujący wskazał, że wyrokiem z dnia 30 marca 2015 roku Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, w ramach której zobowiązała go do wezwania wykonawcy Egis do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu - zdolności ekonomicznej wyrażającej się w osiągnięciu średniego rocznego przychodu w wysokości 10 000 000 zł. Izba uznała również, że zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę odwołującego w szczególności w zakresie Metodyki nakazując powtórzenie oceny w sposób określony w siwz. Dnia 15 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę Egis do uzupełnienia dokumentów. Pismem z dnia 20 kwietnia 2015r. wykonawca ten przedstawił zamawiającemu następujące dokumenty: Zobowiązanie Egis Poland Sp. z o.o., Umowa współpracy, pismo z

dnia 16 września 2014 r. - informacja o dokumentacji rachunkowej, polisa ubezpieczeniowa za 2014 oraz za 2015 r.
W zakresie zaniechanie wykluczenia wykonawcy Egis odwołujący podniósł, że analiza dokumentów przedstawionych przez wykonawcę Egis (w zakresie w jakim zostały one udostępnione odwołującemu prowadzi do wniosku, że udostępnienie sytuacji ekonomicznej przez Egis Poland Sp. z o.o. polega na:
1. zagwarantowaniu względem zamawiającego oraz podmiotów trzecich, że zamówienie zostanie wykonane w sposób należyty i zgodny z oczekiwaniami zamawiającego;
2. powierzaniu wykonawcy Egis realizacji usług wykonywanych przez Egis Poland;
3. poręczeniu za zobowiązania Egis Poland (czyli własne) lub udzieleniu innego wymaganego przez bank/ ubezpieczyciela zabezpieczenia w celu uzyskania przez wykonawcę Egis zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz ponieść koszty tego zabezpieczenia;
4. zawarciu z zamawiającym umowy poręczenia lub przystąpieniu do długu z takim skutkiem, że zamawiający będzie mógł żądać bezpośrednio od Egis Poland spełnienia zastrzeżonego świadczenia.
5. występowaniu - w razie konieczności w charakterze podwykonawcy.
Oceniając złożone wyjaśnienia i dokumenty zamawiający - pomimo wyraźniej wskazówki KIO w wyroku z dnia 30 marca 2015 r. - pominął po raz kolejny najistotniejszy element mianowicie realny charakter dysponowania potencjałem rozumiany jako taka relacja, w której „za wykonawcą powołującym się na tą okoliczność stoi wiarygodność ekonomiczna podmiotu trzeciego rozumiana zarówno jako zdolność prowadzenia interesów, jak i uznanie, renoma i uczestnictwo w obrocie gospodarczym."
Już w wyroku z dnia 24 lutego 2015 r. (KIO 247.15) Izba wskazywała, że wykonawca Egis nie wykazał realnego dostępu do zasobów potencjału ekonomicznego spółki Egis Poland Sp. z o.o. w postaci przychodu na określonym poziomie. Przewidziana w art. 26 ust 2b ustawy możliwość polegania na potencjale ekonomicznym podmiotu trzeciego nie zwalnia wykonawcy z wykazania, że zasoby te będą mu faktycznie dostępne, że pomimo nie spełniania warunku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wykonawca ten znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał. O rzeczywistej możliwości skorzystania z tego rodzaju zasobów nie można, zdaniem odwołującego, mówić wobec zadeklarowanego przez Egis Poland Sp. z o.o. w treści zobowiązania świadczenia usług doradczych, szkoleniowych, udostępnienia dokumentów czy gotowości do wsparcia finansowego w formie ewentualnego udzielenia pożyczki i w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej. Dopuszczenie możliwości wsparcia wykonawcy Egis w przedmiotowym zakresie w sposób opisany w zobowiązaniu stanowiłoby fikcję służąca jedynie formalnemu

wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie przesądzając, iż jest to jedyna możliwa forma udziału podmiotu trzeciego Izba stwierdziła, że przy udostępnianiu potencjału ekonomicznego, z uwagi na charakter tych zasobów nierozerwalnie związanych z podmiotem, którego dotyczą, najbardziej właściwą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, zapewniającą rzeczywiste skorzystanie z zasobów, jest podwykonawstwo.
Takie same wnioski Izba wysnuła w orzeczeniu z dnia 30 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 457/15, KIO 464/15; KI0473/15, KIO 476/15) gdzie Izba uznała, że na podstawie złożonego zobowiązania nie sposób uznać, że udostępnienie zasobów ekonomicznych jest realne. Izba podkreśliła „brak wskazania w jaki sposób wykonawca Egis będzie mógł skorzystać z

płynności finansowej i stabilności obrotów podmiotu udostępniającego."
Po raz kolejny udostępnienie to ma charakter czysto „papierowy"'. Po pierwsze sama umowa o współpracę z dnia 1 sierpnia 2014 r. wskazuje, że spółka Egis w zasadnie samodzielnie nie wykonuje, żadnych czynności zmierzających do zarządzania spółką. Wszystkie czynności księgowe, administracyjne, prawne, zarządcze i analityczne, w szczególności podejmowanie decyzji spoczywa na Egis Poland. W związku z tym podmiot, który został wybrany do realizacji zamówienia to de facto podmiot w 100% zarządzany i kierowany przez Egis Poland. Takie ukształtowanie relacji pomiędzy tymi podmiotami wskazuje zdaniem odwołującego na fakt, że z kim innym zamawiający zawiera umowę, a kto inny faktycznie odpowiadać będzie za jej realizację.
Odwołujący odnosząc się do poszczególnych form uczestnictwa w realizacji zamówienia wskazał, że
Ad 1
Samo zagwarantowanie, że zamówienie zostanie wykonane w sposób należyty i zgodny z oczekiwaniami zamawiającego nie wypełnia znamion realnego dysponowania potencjałem. Jest to pojęcie ogólnikowe i może być poczytywane jedynie jako wstęp do innych konkretnych sposobów udostępnienia zasobów.
Ad 2
Powierzanie wykonawcy Egis realizacji usług wykonywanych przez Egis Poland w ramach umów podwykonawstwa, umów o dzieło, umów zlecenia itd. może stanowić o wsparciu podmiotu, któremu takie prace są powierzane, nie gwarantuje jednak, w ocenie odwołującego, w żaden sposób prawidłowej realizacji zamówienia. Przeciwnie, mając na uwadze, że Egis Poland udostępnia wykonawcy Egis również doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia - gdyż bez takiego udostępnienia nie jest on zdolny do wykonania zamówienia - a następnie zleca spółce Egis wykonywanie dodatkowych prac, powstaje pytanie jakimi zasobami będzie faktycznie dysponował wykonawca Egis podczas realizacji zamówienia. Odwołujący nie kwestionuje przy tym realności czy dopuszczalności

udostępnienia zasobów kadrowych, wskazuje jedynie na fakt, że całokształt okoliczności wskazuje, że zlecanie wykonawcy Egis wykonywania dodatkowych prac nie wpływa w żaden sposób na poprawę sytuacji wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Co więcej jeśli może mieć to jakikolwiek wpływ na realizację zamówienia to jedynie negatywny, gdyż zaangażowanie potencjału spółki w inne prace w sytuacji gdy do realizacji zamówienia musi wspomagać się potencjałem podmiotu zlecającego zagraża należytemu i terminowemu wykonaniu zamówienia.
Ad 3
Poręczenie za zobowiązania Egis Poland lub udzielenie innego wymaganego przez bank/ ubezpieczyciela zabezpieczenia w celu uzyskania przez wykonawcę Egis zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz poniesienie koszty tego zabezpieczenia.
Samo pokrycie kosztów zabezpieczenia mieści się w ramach wsparcia finansowego nie ekonomicznego. Jak słusznie podkreśla Izba w wyroku z dnia 24 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 247/15 wsparcie finansowe w formie pożyczki czy też współfinansowania elementów związanych z realizacją zamówienia. Pokrycie kosztów ustanowienia gwarancji nie stanowi formy wsparcia właściwej dla udowodnienia dysponowania zdolnością ekonomiczną.
Co więcej poręczenie za zobowiązania wykonawcy Egis, w kontekście uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia budzi poważne wątpliwości odwołującego w kontekście obecnej sytuacji wykonawcy Egis. Egis Poland w sprawozdaniu finansowym za rok 2014 wykazał stratę w wysokości 9 449 738,30 zł. Informacja ta znajduje się w aktach rejestrowych spółki i jest dostępna dla każdego kontrahenta. W związku z tym zobowiązanie się do poręczenia lub innego wymaganego przez bank zabezpieczenia nie ma znaczenia gospodarczego. Trudno w ocenie odwołującego wyobrazić sobie sytuację, w której bank lub ubezpieczyciel, który nie zgadza się na udzielenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zmienia zdanie dzięki poręczeniu spółki, która w ostatnim roku obrotowym wykazała stratę w wysokości niemal 9,5 milionów złotych. Gwarancja należytego wykonania umowy to 10% ceny oferty brutto czyli ponad 5 300 000 zł. Kwota ta jest wyższa niż wymagana przez zamawiającego w postępowaniu zdolność finansowa (czyli 3 000 000 zł). Co ważniejsze kwota ta przekracza wykazane w ofercie zdolności zaciągania zobowiązań przez Egis Poland. Zgodnie z informacją zawartą w ofercie wykonawcy Egis na dzień 21 lipca 2014 r. Egis Poland posiadał w banku Societa Generale S.A. Oddział w

Polsce kredyt w rachunku bieżącym przekraczający 2 000 000 zł. Konieczność przedstawianie dodatkowej opinii z Banku Credit Adricole potwierdzającej linię kredytową w wysokości 1 000 000 euro wskazuje na to, że w Banku Societa Generale S.A. Oddział w Polsce kredyt w rachunku przekracza wprawdzie kwotę 2 000 000 zł ale nie osiąga kwoty 3 000 000 zł. Gdyby tak było zbędna byłaby opinia o kredycie w innym banku. Jeśli uwzględnimy dodatkowe środki w wysokości 317 495 euro na koncie w banku Credit

Adricole sytuacja finansowa spółki jest wystarczająca do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale nie jest wystarczająca do udzielenia poręczenia gwarancji w kwocie ponad 5 300 000 zł.
Na uwagę, zdaniem odwołującego, zasługuje również informacja zawarta w Bilansie spółki Egis Poland za rok 2014, gdzie w rubryce aktywa (środki pieniężne w kasie i na rachunkach) widnieje kwota 78 878,41 zł. Oczywiście sytuacja ta nie wpływa na spełnianie warunku zdolności finansowej, który był oceniany na podstawie dokumentów załączonych do oferty, ma natomiast znaczący wpływ na możliwości poręczenia lub zabezpieczenia w celu uzyskania przez wykonawcę Egis zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz poniesienia kosztów tego zabezpieczenia. Stąd też ta forma wsparcia wykonawcy Egis nie jest realna.
Dodatkowo pokrycie kosztów gwarancji zabezpieczającej należyte wykonanie zamówienia to forma wsparcia finansowego nie ekonomicznego i należy ją zaliczyć jako uzupełnienie katalogu sytuacji uprawdopodabniających realność udostępnienia zasobów finansowych.
Ad. 4
Zawarcie z zamawiającym umowy poręczenia lub przystąpienie do długu z takim skutkiem, że zamawiający będzie mógł żądać bezpośrednio od Egis Poland spełnienia zastrzeżonego świadczenia, budzi, zdaniem odwołującego, największe wątpliwości. W ocenie odwołującego obie proponowane formy wsparcia zmierzają do obejścia przepisów ustawy.
Umowa poręczenia, regulowana jest w art. 876 - 887 k.c. Zgodnie z przepisami przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik jego nie wykonał. Umowa taka zawierana jest pomiędzy poręczycielem a wierzycielem (zamawiającym). Celem takiej umowy jest zabezpieczenie określonej wierzytelności.
Jednakże ustawa określa w sposób szczególny formy zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. Przepis art. 148 ustawy w sposób wyczerpujący wymienia katalog form zabezpieczenia wykonania umowy w sprawie zamówienia. Ogranicza je do form zabezpieczenia pieniężnego i to tylko w niektórych formach. Gdyby intencją ustawodawcy było dopuszczenie innych form zabezpieczenia wykonania umowy ustawa powinna dawać temu wyraz. W świetle obecnie obowiązujących przepisów, zdaniem odwołującego przyjąć należy, że poręczenie, o którym mowa w art. 876-887 k.c. nie jest dopuszczalną formą zabezpieczenia.
Co więcej ocena zamawiającego, jakoby zawarcie umowy poręczenia z Egis Poland w jakikolwiek sposób wzmacniało jego pozycję jest błędna. Opiera się ona bowiem wyłącznie na teoretycznym założeniu, że w przypadku gdy poręczyciel zobowiąże się do wykonania przedmiotu zamówienia na wypadek gdyby nie wykonał go wykonawca to zamawiający otrzymuje dodatkową gwarancję, że zamówienie zostanie wykonane. Gdyby jednak

zamawiający przeanalizował okoliczności faktyczne powinien zauważyć, że: (a) przedmiot zamówienia realizowany będzie przez personel Egis Poland; (b) w razie potrzeby Egis Poland wystąpi w roli doradcy i szkoleniowca oraz udostępni dokumenty; (c) wszystkie czynności organizacyjne, rachunkowe, finansowe i zarządcze wykonawcy Egis realizowane są przez Egis Poland. Skoro powyższe zostało jednak uznane przez Izbę za niewystarczające to sam fakt zawarcia umowy poręczenia w żaden sposób nie wpływa na samo faktyczne wykonywanie zamówienia. Zamówienie wykonywać będą te same osoby, a jedynie formalnie za jego wykonanie odpowiadać będzie dodatkowo Egis Poland.
Skoro zatem poręczenie sprowadza się do wykonywania zamówienia - dotyczy ono de facto udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, osób zdolnych do wykonania zamówienia ale nie sytuacji ekonomicznej rozumianej jako płynność finansowa oraz renoma. Swoje zobowiązanie Egis Poland kieruje bowiem w stronę zamawiającego nie zaś w stronę rynku.

Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 30 marca 2015 r. w ofercie brakowało wskazania w jaki sposób wykonawca Egis będzie mógł skorzystać z płynności finansowej i stabilności obrotów podmiotu udostępniającego. Płynność finansowa i stabilność obrotów ma zapewnić zamawiającemu, że podmiot legitymujący się nimi ma taką pozycję na rynku, która wskazuje, że realizuje duże kontrakty, współpracuje ze znaczną ilością podmiotów, a jego zakres i zasięg działania jest istotny. Wskaźnik przychodu oznacza zasięg działania oraz wiarygodność na rynku, która w trakcie realizacji zamówienia konkretyzuje się możliwością współpracy z wieloma podmiotami w celu zapewnienia najlepszej realizacji zamówienia. W związku z tym wykonawca wykazując dysponowanie takimi zasobami winien wykazać, że również on dzięki wsparciu podmiotu udostępniającego jest wiarygodnym i pewnym partnerem. Stąd też skierowanie poręczenia za dług do zamawiającego nie potwierdza wiarygodności rynkowej. Stanowi jedynie zabezpieczenie wykonania tego konkretnego kontraktu. Mając na uwadze wspomniany wyżej zakres wsparcia przy realizacji w zasadzie sprowadza się do poręczenia pieniężnego, gdyż jeśli wykonawca Egis przy pomocy personelu Egis Poland nie zrealizuje przedmiotu zamówienia, to nie zrobi tego również sam Egis Poland.
Biorąc pod uwagę ewentualny realny charakter odpowiedzialności odszkodowawczej w kontekście wysokości straty Egis Poland za rok 2014 uznać należy, że ma ona charakter jedynie „papierowy" - formalny, nie zaś realny.
Podobnie w przypadku przystąpienia przez Egis Poland do długu. Kumulatywne, umowne przystąpienie do długu spełnia cechy konstrukcyjne umowy na rzecz osoby trzeciej: przystępujący do długu zobowiązuje się względem pierwotnego dłużnika do spełnienia świadczenia na rzecz jego wierzyciela (tj. osoby trzeciej) i - w braku odmiennego postanowienia umowy - wierzyciel ten może żądać bezpośrednio od przystępującego do długu spełnienia zastrzeżonego świadczenia. W związku z tym ta forma zabezpieczenia ma

---

de facto ten sam skutek co omówiona wyżej umowa poręczenia, z tą różnicą, że nie jest wymagana zgoda zamawiającego.
Odwołujący zwrócił jednak uwagę na utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż umowa o zamówienie publiczne nie może być zawarta z wykonawcą innym, niż podmiot weryfikowany procedurą przetargową. Z wyroku Sąd Najwyższy z dnia 13.01.2004 r. V CK 97/2003, wynika, że zamówienie publiczne może być udzielone wyłączenie dostawcy, wykonawcy, który został wybrany na zasadach określonych w ustawie. Przepis art. 7 ust 3 ustawy ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie może być korygowany wolą stron. Wynika to z celu ustawy o zamówieniach publicznych (a obecnie również PZP), eksponującego interes publiczny, eliminującego sytuacje korupcjogenne. W konsekwencji Sąd Najwyższy przyjął, że umowa mająca „na celu umożliwienie przejęcia zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony, z obejściem rygorów ustawowych, jest nieważna, gdyż prowadzi do obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych.
W ww. orzeczeniu Sąd Najwyższy uznał, iż przedmiotem i celem umowy zawartej pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego a osobą trzecią było przeniesienie praw i obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne, zawartej w wyniku wygranego przez wykonawcę przetargu na udzielenie zamówienia publicznego, tzw. sukcesja szczególna (następstwo prawne pod tytułem szczególnym). Tego rodzaju umowa jest nieważna, ponieważ prowadzi do obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 12a ustawy o zamówieniach publicznych (obecnego art. 7 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych) w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zamówienie publiczne może być bowiem udzielone, a następnie wykonane wyłącznie przez wykonawcę wybranego na zasadach określonych w ustawie, a więc takiemu oferentowi, który uczestniczył w jawnym przetargu i był poddany rygorom procedury przetargowej.
Poglądy wyrażone w tym orzeczeniu pozostają, zdaniem odwołującego, aktualne szczególnie biorąc pod uwagę, że:
- Egis Poland nie złożył oferty pomimo tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- cały swój potencjał udostępnił wykonawcy Egis;
- zobowiązując się do udostępnienia potencjału stanowczo podkreśla, że nie będzie podwykonawcą;
- następnie wskazuje, że przystąpi kumulatywnie do długu lub poręczy za ten dług w taki sposób, że zamawiający będzie mógł żądać spełnienia świadczenia bezpośrednio od niego.

Pozornie sytuacja taka wzmacnia pozycję zamawiającego, ale faktycznie działanie takie zmierza do obejścia przepisów ustawy, gdyż ma na celu uwiarygodnienie realnego charakteru udostępnienie zasobów, nie zaś faktyczne większe niż przez doradztwo, szkolenia i oddelegowanie osób wsparcie wykonawcy Egis.

32

Ad 5
Na uwagę, zdaniem odwołującego, zasługuje również fakt, że przedstawione w ramach uzupełnienia „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia" zostało sporządzone na formularzu zalecanym przez zamawiającego i opatrzone datą 10 października 2014 r. (taką samą jak data pierwotnego zobowiązania). Doświadczenie życiowe wskazuje, że wysoce nieprawdopodobna wydaje się być sytuacja, w której wykonawca Egis w dacie składania ofert dysponował dwoma zobowiązaniami - każde z nich innej treści i zdecydował się na złożenie właśnie tego, którego treść jest bardziej ogólna, podczas gdy przedstawianie zobowiązania właściwego pozwoliłoby na uprawdopodobnienie dysponowania odpowiednim potencjałem. Dopiero na wezwanie zamawiającego, wykonawca Egis przedstawia zobowiązanie pełne wraz z dokumentami wskazującymi na charakter relacji pomiędzy nim a podmiotem udostępniającym zasoby. Budzi to szczególne wątpliwości odwołującego w sytuacji, gdy - jak wynika z uzupełnionych dokumentów - w dniu 10 października 2014 r. został przygotowany specjalny aneks do umowy o współpracy zawartej dnia 1 sierpnia 2014 r., który to aneks dotyczy tego konkretnego postępowania.
Powyższe wskazuje, że w dniu składania ofert intencją Egis Poland nie było tak szerokie udostępnienie potencjału, polegające na pełnym współdziałaniu włączając w to przystąpienie do długu. W dniu składania ofert wykonawca Egis dysponował jedynie zobowiązaniem do oddania zasobów do dyspozycji, z którego nie wynikał realny charakter dysponowania tymi zasobami. Dopiero negatywna ocena Izby wyrażona w wyroku z dnia 30 marca 2015 r. {sygn. akt KIO 457/15, KIO 464/15; KI0473/15, KIO 476/15) spowodowała, że spółka Egis Poland rozszerzyła zakres udostępnienia.
Nawet gdyby przyjąć, że w dniu 10 października 2014 r. istniały dwa dokumenty (dwa zobowiązania do udostępnienia) przedłożenie dokumentu o ogólnej treści, nie zaś tego z którego wynikały szczególne zobowiązania Egis Poland - wskazuje na to, że intencją wykonawcy i podmiotu udostępniającego było ograniczenie tego zakresu, do przedstawionego wraz z ofertą. Oznacza to w ocenie odwołującego, że w dniu składania ofert Egis Poland nie zamierzał uczestniczyć w realizacji zamówienia.
Potwierdza to treść dokumentów udostępnienia. Są one ze sobą sprzeczne. W zobowiązaniu załączonym do oferty jaki i w samej ofercie (pkt. 8 formularza oferty) jasno wskazano, że spółka Egis Poland nie będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia jako podwykonawca. W dokumencie uzupełnionym jednak wprost wskazano na taką formę uczestnictwa. W związku z tym przyjąć należy, że decyzja o uczestnictwie w realizacji zamówienia i formach tego uczestnictwa zapadła w okresie pomiędzy ogłoszeniem wyroku przez KIO a uzupełnieniem dokumentów. Dopiero wtedy Egis Poland zdecydował się na szerszą formę wsparcia wykonawcy Egis. Nie bez powodu odwołujący wskazał na decyzję po stronie Egis Poland.

33

Jak wynika z dokumentów przedstawionych dnia 20 kwietnia 2015r. Egis Poland praktycznie w całości wykonuje czynności za wykonawcę Egis. W związku z tym rozróżnianie oświadczenia woli wykonawcy Egis i Egis Polnad jest w tym przypadku sztuczne. Okoliczność dysponowania zasobami (podobnie jak spełnianie warunków udziału w postępowaniu jak i brak podstaw wykluczenia wykonawcy) musi bezwzględnie wystąpić już w dacie składania ofert. Natomiast jej wystąpienie w związku z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy może zostać również wykazane po dacie składania ofert, przy pomocy wymaganych w siwz środków dowodowych również sporządzonych później. Kluczowe jednak w ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest to czy wykonawca Egis faktycznie w dniu upływu terminu składania ofert dysponował potencjałem, nie zaś posiadał dokument o odmiennej treści niż załączona do oferty. Pierwotnie zobowiązania, ale również przebieg samej rozprawy przed KIO wskazywał, że Egis Poland nie zamierzał występować w roli podwykonawcy. Taka forma wsparcia pojawiła się dopiero kiedy pozostałe proponowane zakwestionowano w wyroku KIO.

Odnośnie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, to wykonawca Egis załączył do ofert zobowiązanie, z którego wynika w jaki sposób będzie korzystał z zasobów Egis Poland w zakresie zdolności ekonomicznej. Z zobowiązania tego wynika m.in., że „Szczegółowe zasady udziału podmiotu udostępniającego w trakcie realizacji zamówienia zostaną uregulowane w umowie o współpracy" Następnie dnia 20 kwietnia 2015 r. wykonawca Egis nie dość, że składa inne zobowiązanie opatrzone datą 10 października 2014 r. o odmiennej treści, twierdząc że w tym czasie istniały dwa dokumenty o różniej treści załącza do niego umowę o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014 r. oraz aneks do tej umowy opatrzony datą 10 października 2014 r.
Jeśli w dacie składania ofert wykonawca Egis dysponował umową oraz aneksem do niej - w których określone są szczegółowe zasady współpracy to z jakiego powodu nie załączył ich do oferty, ani nie wspomniał o nich w zobowiązaniu. Zobowiązanie wyraźnie wskazuje na fakt, że umów tych w dniu składania ofert nie było i zostaną dopiero zawarte.
Jednakże w momencie negatywnej oceny załączonego do oferty zobowiązania okazuje się, że umowy te istnieją i zostają przedstawione zamawiającemu. Co więcej ich treść odpowiada wskazówkom Izby zawartym w wyroku w zakresie relacji jakie mogłyby potwierdzać realność takiego udostępnienia.
Zamawiający nie może, zdaniem odwołującego, oceniać uzupełnionych dokumentów w oderwaniu do dokumentów załączonych do oferty. Ich porównanie oraz analiza okoliczności faktycznych jakie towarzyszyły ich złożeniu wskazuje, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.
Wykonawca Egis Poland, w ocenie odwołującego, udostępniając zasoby nie miał zamiaru w tak szerokim zakresie uczestniczyć w realizacji zamówienia. W związku z tym złożono

---

prawdziwe obowiązanie do udostępnienia zasobów gdzie wskazano faktyczny sposób ich wykorzystania. Następnie po zakwestionowaniu realności takiej formy udostępnienia przez KIO przedstawiono nieprawdziwe informacje - jakoby wykonawca Egis w dniu składania ofert dysponował tym potencjałem w szerszym niż wynikało z oferty zakresie. Przedstawiono dokumenty, które przypuszczalnie w dniu składania ofert nie istniały (a przynajmniej nie było intencją Egis Poland przedstawianie ich zamawiającemu), w które rozszerzają zakres udziału Egis Poland w realizacji zamówienia.
Podkreślenia wymaga również fakt, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, że wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 801/11, wyrok z dnia 6 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 1078/11.
Gdyby natomiast Zamawiający miał wątpliwości co do prawdziwości tych informacji miał możliwość skorzystania z regulacji ustawowych w zakresie niezbędnym do ich rozwiania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 1112/11: W ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), jak i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca winien wobec zarzutu poświadczenia nieprawdy udzielić miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach, wyjaśnień (...). W przeciwnym razie zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i odrzucenia jego oferty.
W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Egis odwołujący podniósł, że w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego ofert, w organizatorem przetargu warunków składanych szczególności zakresu prac lub ceny (tzw. „zmowa przetargowa"). Zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, iż działanie takie w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz U z 2003 nr 153 poz. 1503 ze zm.) jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

35

Nie ulega zdaniem odwołującego wątpliwości, że wykazanie istnienia porozumienia, (czy też inaczej zmowy przetargowej) jest niezmiernie trudne pod względem dowodowym, jednakże w ocenie Izby istnienie zmowy przetargowej powinno być oceniane po rezultatach, skutkach oraz wszystkich okolicznościach sprawy, dlatego też zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy powinien w pierwszej kolejności odpowiedzieć sobie na pytanie czy z całokształtu okoliczności towarzyszących złożonej ofercie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia w ocenie przedłożonych dokumentów jest sytuacja, że to właśnie Egis Poland spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie składa on jednak oferty, ale udostępnia cały potencjał nowo powołanej spółce. Jednocześnie to właśnie Egis Poland de facto wykonuje wszystkie czynności zarządcze i administracyjne. Odwołując się do orzecznictwa TSUE, które dopuszcza możliwość udostępniania zasobów w pełnym zakresie w przypadku spółek wchodzących w skład jednej grupy kapitałowej zdaniem odwołującego należy podkreślić, że chodziło o sytuacje, w których podmiot uczestniczący w postępowaniu nie wykonywał robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia posiłkuje się doświadczeniem spółki z grupy. Nie należytego rozszerzać na sytuację wyposażenia nowej spółki z grupy w potencjał już istniejącej i w ten sposób uzyskanie zamówienia. Prowadzić to może, w ocenie odwołującego, do sytuacji, w której grupa kapitałowa działając w celu ograniczenia konkurencji powoła wiele takich spółek, które dzięki udostępnianiu potencjału wyposaży w określone doświadczenie i dzięki temu zmultiplikuje swoje szanse uzyskiwania zamówień.
W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia, odwołujący wskazał, że oceniając walor informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Egis jako tajemnica przedsiębiorstwa, walor taki został przez zamawiającego uznany jedynie w przypadku Załączników A - G do Umowy współpracy z dnia 1 sierpnia 2014 r. Zważywszy, że załączniki te mają jedynie na celu doprecyzowanie zakresu działań w ramach konkretnych obszarów wsparcia udzielanego wykonawcy Egis, nie spełniają one cech wymaganych dla informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie korzystają one z ochrony, gdyż, w ocenie odwołującego, nie mają wartości gospodarczej. Skoro bowiem wiadomo, że Egis Poland wspiera wykonawcę Egis we wszystkich tych obszarach, sam fakt sposobu wsparcia nie ma znaczenia gospodarczego, ma natomiast istotne znaczenia w kontekście oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, stąd też informacja ta powinna zostać ujawniona do wiadomości innych wykonawców.
W odniesieniu do zarzutów związanych z ofertą odwołującego, to odwołujący podniósł, że zamawiający oceniając jego ofertę w kryteriach oceny ofert niewłaściwie ocenił Metodykę zaprezentowaną przez odwołującego. Metodyka została oceniona z pominięciem dyrektyw oceny wskazanych w siwz przez co odwołujący uzyskał niewystarczającą ilość punktów. Szczegółowe uzasadnienie zarzutów w tym zakresie, jako konsekwencja zastrzeżenia

36

Metodyki stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd została zawarta w załączniku nr 1 do odwołania.

W dniu 8 lipca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 9 lipca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Egis Polska Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182 – zwany dalej Egis, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zatem w przypadku utrzymania tej decyzji zamawiającego będzie mógł zawrzeć umowę o przedmiotowe zamówienie. Zgłoszenie zostało podpisane członka zarządu, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 9 lipca 2015r. drogą elektroniczną.

W dniu 9 lipca 2015r. swój udział w sprawie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Getinsa w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 24 ust. 3 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, art. 7 ust. 1 ustawy i wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zamawiający naruszył przepisy ustawy wskazane przez odwołującego w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Oddalenie odwołania powodowałoby, że interes Getinsa zostałby naruszony, gdyż to jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą, a Getinsa wniosła własne odwołanie, w którego zarzuty są zbieżne z odwołaniem do którego przystępuje. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 lipca 2015r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 marca 2013r. udzielonego uchwałą zarządu spółki podjętą w pełnym składzie i ujawnionego w Rejestrze Handlowym Prowincji Madryt. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 9 lipca 2015r.

W dniu 14 lipca 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie żądając oddalenia odwołania w całości oraz zasądzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z załączonym rachunkiem.
Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołującego są niezasadne i powinny zostać oddalone w całości.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis, to w ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony.
Zamawiający nie zgadza się, że przystąpienie do długi powinno uznane za sprzeczne z art, 7 ust. 3 ustawy. Wskazał, iż taki zarzut (wyartykułowany z resztą przez odwołującego wobec Egis, w sprawie o sygnaturze KIO 863/15) był przedmiotem badania KIO. W wyroku z dnia 11 maja 2015 roku KIO słusznie stwierdziła, iż „W szczególności, w ocenie składu orzekającego, przystąpienie do długu nie powinno być oceniane, jak chce tego odwołujący, jako sprzeczne z. przepisem art. 7 ust, 3 Pzp, W odróżnieniu bowiem od uregulowanej w przepisach K.c. instytucji przejęcia długu w następstwie której dochodzi do podmiotowej zmiany po stronie dłużnika, w przypadku przystąpienia do długu dochodzi do pojawienia się - obok podmiotu dotychczas zobowiązanego współdłużnika solidarnego. Wydaje się zatem, że w takiej sytuacji nie dochodzi do naruszenia nakazu wynikającego ze wzmiankowanego przepisu." Niezależnie od powyższego uzasadniając, kwestionowaną przez odwołującego, realność przekazania zasobów zamawiający podniósł analogiczną argumentację jak przytoczona powyżej w sprawie sygn. akt KIO 1426/15
Podsumowując powyższe zamawiający stwierdził, iż Egis spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki dotycząc sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawca Egis potwierdził za pomocą potencjału Egis Poland Sp. z o.o., tj. podmiotu trzeciego, należącej do tej samej grupy kapitałowej, spełnienie warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy określonych przez. zamawiającego w pkt 7.2 IDW. Dokumenty przedstawione przez Egis a także fakt powiązania kapitałowego Egis i Egis Poland Sp. z o.o. nie daje podstaw do kwestionowania realności udostępnienia tego potencjału. Zamawiający uważa, że nie miał podstaw do wykluczenia Egis z postępowania. Konsekwentnie stwierdził, iż podniesiony przez odwołującego zarzut zaniechania wykluczenia Egis z postępowania jest bezzasadny.
W zakresie zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji, to w ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony.
Zamawiający podniósł analogiczną argumentację jak przytoczona powyżej w sprawie sygn. akt KIO 1426/15.
Zamawiający podkreślił, że nie ma podstaw do uznania, że uzupełniony przez Egis dokument opatrzony datą .10 października 2014 roku stanowi informacje nieprawdziwą. Domniemania na których swoje twierdzenia opiera odwołujący, nie są poparte żadnymi dowodami, a zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie dopatrzył się żadnych nieprawidłowości w tym zakresie.
Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Egis, to w ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony.

Zamawiający wskazał, iż przywołany przez odwołującego art. 6 ust. 1 pkt 7 UoOKiK, dotyczący tzw. „zmowy przetargowej" dotyczy porozumień dotyczących uzgadnianie warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny między przedsiębiorstwami przystępującymi do przetargu (tj. porozumień o charakterze horyzontalnym) oraz porozumień między podmiotami przystępującymi do przetargu a podmiotem (przedsiębiorcą) będącym jego organizatorem (tj. porozumień wertykalnych) (zob. T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd, 2, Warszawa 2014, Legalis).
Zamawiający podkreślił, iż porozumienie zawarte pomiędzy Egis a Egis Poland nie jest porozumieniem o którym mowa w przywołanym powyżej przepisie UoOKiK. Po pierwsze porozumienie to jest zawarte pomiędzy podmiotem przystępującym do postępowania, a podmiotem, który w takim postępowaniu nie uczestniczy, tzn. nie ubiega się o udzielenie zamówienia. Po drugie zamawiający wskazał, że jest to porozumienia standardowo zawierane w związku z art. 26 ust. 2b ustawy. Nie jest to porozumienie bezprawne. Po trzecie zamawiający stoi na stanowisku, że w/w zarzut opiera się tylko i wyłącznie na zasadzie domniemania zawarcia rzekomego porozumienia pomiędzy Egis Poland i Egis, na mocy którego firmy miałyby wyeliminować, ograniczyć lub naruszyć w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zamawiający, a tym bardziej odwołujący nie posiada żadnych dowodów, że zaoferowana przez Egis cena ofertowa za wykonanie przedmiotu zamówienia miała na celu tylko i wyłącznie wyeliminowanie z rynku wykonawców, którzy złożyli wyższe ceny ofertowe niż wykonawca Egis. Zamawiający zwrócił również uwagę na fakt, że Konsorcjum Mott MacDonald, które złożyło ofertę z ceną niższą niż Egis o przeszło 3,8 mln złotych była badana pod kątem rażąco niskiej ceny (podobnie jak i oferta wykonawcy Egis). Zgodnie z wyrokiem KIO dnia 30 marca 2015 r. sygn. akt KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 470/15, KIO 473/15, KIO 476/15 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający dokonał w sposób prawidłowy badania rażąco niskiej ceny i nie dopatrzyła się uchybień w przedmiotowym zakresie. Tym bardziej cena ofertowa Egis nie może mieć znamion zmowy cenowej.
W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia, to w ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony. Zamawiający w dniu 01 lipca 2015 r. dokonał odtajnienia pisma wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp, z o.o. nr 187/Egis/C/T1/CS/ACK/2015 z dnia 20.04.2015 r. w takim zakresie, w jakim zostało odtajnione analogiczne pismo wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. w postępowaniu na Pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzanie trzema kontraktami pn.: „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-I Stryków - węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 (od węzła „Stryków I" bez węzła) do km 3:10 + 100"; „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-I Stryków - węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - zadanie II odcinek od km 310+000 do km 320+010";

Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków - węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 95+850 do km 335+937,65 - zadanie III odcinek od km 320+100 do km 335+937,65 (bez odcinka od km 322+150 do km 324+950)".
Poprzez fakt: ujawnienia przedmiotowych informacji do wiadomości publicznej utraciły one status tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).
Zamawiający jednak nie miał podstaw prawnych do odtajnienia Załączników A - G do umowy współpracy z dnia 1 sierpnia 2014 r. zwłaszcza, że Izba w wyroku KIO 863/15 z dnia 11 maja 2015 r, stwierdziła, że „załączniki do umowy współpracy, podobnie jak treść § 1 ust. 3 aneksu nr 1, zawierają informacje natury ekonomicznej pozwalające na prześledzenie mechanizmów polityki finansowej w grupie kapitałowej, do której należą wykonawca Egis i EP. W konsekwencji stwierdzono, że informacje takie zasługują na ochronę, jako stanowiące dane wrażliwe, których pozyskanie przez osoby trzecie umożliwiałoby uzyskanie nad Egis przewagi konkurencyjnej. Izba nie podzieliła przy tym argumentacji odwołującego, że ujawnienie tych informacji jest istotne ze względu na konieczność zweryfikowania czy i w jaki sposób umowa współpracy jest wykonywana oraz kiedy strony tego kontraktu zawarły aneks do niego (która to informacja nota bene została podana w trakcie rozprawy), ponieważ rolą odwołującego, jako stawiającego taki zarzut, było podważenie prawidłowości sposobu

postępowania zamawiającego, nie zaś wskazywanie powodów, dla których znalazł się on w odwołaniu. Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego dotyczącej braku realności dysponowania przez Egis zasobami ekonomicznymi Egis Poland."
W zakresie zarzutów dotyczących oferty odwołującego, to zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony. W odniesieniu do tego zarzutu zamawiający powołał analogiczną argumentację jak przytoczona powyżej w sprawie sygn. akt KIO 1426/15.
W części dotyczącej zarzutów co do oceny w poszczególnych podkryteriach, ze względu na objęcie Metodyki Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa, odpowiedź na odwołanie została zawarta w Załączniku Nr 1.

Reasumując; zamawiający uważa, że nie uchybił żadnym przepisom ustawy i zarzuty odwołującego nie mogą zostać uznane, a tym samym odwołanie winno zostać oddalone.

W dniu 16 lipca 2015r. Egis złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do obu odwołań wnosząc o oddalenie odwołań w całości. W zakresie zarzutu wspólnego w obu sprawach tj. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Egis z postępowania mimo, niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Egis podkreślił, że czyniąc zadość żądaniu zamawiającego, mającemu swoje źródło w sentencji wyroku KIO z dnia 3 marca 2015r., sygn. akt: KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15, KIO

476/15, uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu - zdolności ekonomicznej wyrażającej się w osiągnięciu rocznego przychodu w wysokości 10 000 000 zł. Nie sposób zgodzić się, zdaniem Egis, z Odwołującymi TPF i Getinsa, że Egisnie dysponuje w sposób realny potencjałem spółki Egis Poland. W pierwszej kolejności Egis zwrócił uwagę na specyfikę samego potencjału ekonomicznego oraz jego uzupełniania. Jak słusznie zauważano w wyroku KIO z października 2013r., sygn. akt: KIO 2301/13, ocena realności udostępnienia potencjału nie ma charakteru abstrakcyjnego, a zależy od rodzaju udostępnianego zasobu. Ustawodawca rozróżnia rodzaj i specyfikę potencjału, który jest udostępniany, i sposób dowodzenia danego udostępnienia w kontekście owego rozróżnienia, czego dowodem jest przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231 - dalej jako: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów").
Wnioski wynikające z przywołanego wyroku są w ocenie Egis tym bardziej zasadne, że w niniejszej sprawie Egis, wbrew twierdzeniom Odwołujących TPF i Getinsa, udowodnił posiadanie realnego dostępu do potencjału ekonomicznego Spółki Egis Poland. Odwołujący nie udowadniają, dlaczego identyczne dokumenty na potwierdzenie realności udostępnienia potencjału ekonomicznego złożył Egis w przetargu na „Kontynuację projektu budowy A1 Stryków Tuszyn". Dokumenty te były przedmiotem Izby w sprawie o sygn. KIO 863/15 wskutek odwołania wniesionego przez TPF (zarzuty tego odwołania były identyczne jak w niniejszej sprawie KIO 1433/15). Izba uznała, że dokumenty te wskazują na konkretne formy ekonomicznego uwiarygodnienia Egis, dające podstawy do przyjęcia, że udostępnienie potencjału ekonomicznego jest realne. Egis nie zgodził się z odwołującym TPF, że odnotowana przez Egis Poland w roku 2014 strata uniemożliwia Egis skuteczne powołanie się na potencjału ekonomiczny tego podmiotu. W tym zakresie Egis powołał uchwałę KIO z dnia 6 maja 2015r., sygn. akt: KIO/KD 24/15. Nadto podniósł, że po pierwsze, w niniejszej sprawie zamawiający badał zdolność ekonomiczną wyłącznie przez pryzmat osiąganych przychodów. Bezspornym jest, że Egis Poland wymagane przychody osiągnął. Tym samym twierdzenia odwołujących, że strata bilansowa Egis Poland wyłącza realność udostępnienia potencjału ekonomicznego, stanowi w istocie polemikę z postanowieniami siwz, gdzie zamawiający uznał, że daje rękojmię należytego wykonania zamówienia wykonawca osiągający określone przychody. Poza zainteresowaniem zamawiającego był fakt, czy wykonawca ma przy tym stratę bilansową - taki opis oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie został postawiony. Jeżeli zatem ta okoliczność nie może być badana w odniesieniu do wykonawców ubiegających się o zamówienia, to nie może być ona taka badana w odniesieniu do podmiotów udostępniających potencjał. Po drugie, strata nie oznacza braku zdolności ekonomicznej. Tak wyrok KIO z dnia 5 marca 2015r., sygn. akt:

KIO 355/13. Odwołując się do wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010r., sygn. akt IX Ga 131/10, Izba orzekła, że: „należy rozróżnić kwestię stanu finansów konkretnego podmiotu i kwestię dochodowości danego przedsięwzięcia. Fakt, że dany podmiot ponosi stratę w danym roku obrotowym, nie może bowiem świadczyć automatycznie o braku dochodów z konkretnego zamówienia, gdyż o ostatecznym wyniku finansowym (zysku lub stracie) decyduje całokształt działalności. Wyciąganie konsekwencji o opłacalności zamówienia ze stanu finansów danego podmiotu jest całkowitym nieporozumieniem. Może się bowiem okazać, że konkretne zamówienie przynosi dochód lecz pozostała działalność generuje straty skutkiem czego wystąpi mimo wszystko ujemny wynik finansowy danego podmiotu". W identyczny sposób należy oceniać kwestię ogólnej kondycji ekonomicznej spółki - strata bilansowa w jednym roku działalności nie może świadczyć automatycznie o słabej zdolności ekonomicznej spółki, gdyż przy wzięciu pod uwagę innych czynników, zdolność ta może okazać się więcej, niż zadowalająca.
Egis odwołał się także do wyroku z dnia 26 marca 2013r., sygn.. akt: KIO 550/13, KIO 563/13.
Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Egis z postępowania, mimo podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, to zdaniem Egis odwołujący w sposób niewłaściwy interpretują pojęcie „nieprawdziwych informacji", przez co nie jest jasne, które oświadczenie wiedzy Egis miałoby nosić walor takich informacji. Co znaczy pojęcie „nieprawdziwych informacji” wyjaśniła Izba w wyroku z dnia 7 lutego 2013r., sygn. akt: KIO 131/13. Rozumienie pojęcia „nieprawdziwych informacji" nawiązuje więc do obiektywnej niezgodności treści podawanych przez wykonawcę oświadczeń z rzeczywistością. Natomiast w wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2015r., sygn. akt: KIO 4/15, KIO 5/15, podało, że jest to niezgodność ze stanem faktycznym, nie opisanie rzeczywistości takiej, jaka ona jest, a przekazanie o niej mylnego (błędnego) wyobrażenie. Zaś z wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013r., sygn. akt: XIX Ga 179/13, wynika, że dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodną z rzeczywistą w sposób nie budzący wątpliwości. Zatem pojęcie „nieprawdziwych informacji" może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeń wiedzy, a nie do oświadczeń woli.
Zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wykonawcy zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w zakresie, w jakim stanowią o sposobie udostępnienia wykonawcy potencjału, są oświadczeniami woli (a nie oświadczeniami wiedzy) podmiotów udostępniających potencjał. Co za tym idzie, wykonawca nie ma możliwości zweryfikowania „prawdziwości" treści takiego zobowiązania, tj. nie jest w stanie ustalić, czy podmiot trzeci faktycznie udostępni mu potencjał w sposób zdeklarowany w treści zobowiązania. W tym

zakresie trudno zresztą mówić o ocenie wiarygodności oświadczenia podmiotu trzeciego. Oświadczenie to, jako odnoszące się do etapu realizacji umowy o zamówienie publiczne, składane jest bowiem na przyszłość. Z tego względu ocena treści zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie sposobu udostępnienia przez podmiot trzeci potencjału nie może być, w ocenie Egis, dokonywana przez pryzmat przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.
Nadto dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu - obciąża tego, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek w postaci wykluczenia wykonawcy. Na etapie postępowania odwoławczego ciężar ten spoczywa zatem na odwołującym. Tak Izba w przywołanym wcześniej orzeczeniu o sygn. akt: KIO 4/15, KIO 5/15. Nadto art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy musi być interpretowany wąsko.
Egis podniósł, że twierdzenia odwołującego TPF, jakoby: „Wykonawca Egis Poland, udostępniając zasoby, nie miał zamiaru w tak szerokim zakresie uczestniczyć w realizacji zamówienia" mają charakter „czystych" domysłów. Odwołujący TPF nie jest, zdaniem Egis, w stanie dowieść, że prawdziwą intencją spółki Egis Poland jest udostępnienie Egis potencjału w sposób wynikający z treści zobowiązania. Za gołosłowne, w ocenie Egis, trzeba także uznać argumenty, że w dacie składania ofert nie istniały: drugie zobowiązanie i umowy współpracy. Sam odwołujący TPF twierdzi, że dokumenty te (cyt.): „przypuszczalnie" nie istniały, a (cyt.): „przynajmniej nie było intencją Egis Poland przedstawienie ich Zamawiającemu". Brak intencji przedłożenia tych dokumentów zamawiającemu nie może

natomiast stanowić przejawu złożenia przez Egis nieprawdziwych informacji i wykluczenia go na tej podstawie z postępowania.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Egis, mimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to Egis wskazał, że w przekonaniu odwołującego TPF, „współpraca" między Egis i spółką Egis Poland stanowi przejaw antykonkurencyjnego porozumienia zakazanego z mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2015r. poz. 184, ze zm. - dalej jako: „okiku"). Takie rzekome porozumienie odwołujący TPF kwalifikuje jako czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153, poz. 1503, ze zm. - dalej jako: „uznk"), tj. jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Pogląd ten w ocenie Egis jest chybiony.
Po pierwsze, na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 okiku zakazane są porozumienia których celem i skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: „uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego

---

organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny" (tzw. zmowa przetargowa). Literalna wykładnia, w ocenie Egis, przywołanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że zmowa przetargowa może zaistnieć wyłącznie wskutek działania dwóch lub więcej przedsiębiorców. Ustawodawca posługuje się bowiem jednoznacznymi wyrażeniami, których używa w liczbie mnogiej: .przedsiębiorców przystępujących do przetargu" oraz „składanych ofert". Takie rozumienie analizowanego przepisu podziela też Izba, która w wyroku z dnia 3 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 309/14, odwołała się do definicji „porozumienia" zawartej w art. 4 pkt 5 okiku, przez które należy rozumieć nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale wszelkie uzgodnienia w tym zakresie dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Spółka Egis Poland nie złożyła oferty w niniejszym postępowaniu, zatem zdaniem Egis, nie sposób mówić o jakimkolwiek antykonkurencyjnym porozumieniu, które mogłaby zawrzeć wspólnie z Egis. Po drugie, spółki należące do tej samej grupy kapitałowej, takie jak Egis Polska Inżynieria i Egis Poland, nie mogą zdaniem Egis zawrzeć nielegalnego porozumienia. W doktrynie prawa konkurencji oraz w orzecznictwie, zarówno europejskim, jak i polskim, panuje utrwalony pogląd co do tego, że odrębne z prawnego punktu widzenia podmioty, np. dwie spółki, mogą - przy spełnieniu określonych przesłanek - zostać uznane za „jeden organizm gospodarczy" (ang. single economic unit), co skutkuje brakiem możliwości stwierdzenia zawarcia przez takie podmioty porozumienia ograniczającego konkurencję (za A. Zawłocka - Turno, Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i zamówień publicznych. internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 4, s. 51, wraz przywołanym tam orzecznictwem i poglądami doktryny). Kluczowym przy kwalifikowaniu przedsiębiorców jako „jednego organizmu gospodarczego" jest zbadanie towarzyszących im okoliczności behawioralnych a nie strukturalnych. Innymi słowy decydującym będzie, czy przedsiębiorca dysponuje rzeczywistą autonomią w podejmowaniu decyzji na rynku, czy jedynie przyjmuje instrukcje od innego przedsiębiorcy oraz czy przedsiębiorcy zachowują się razem na rynku jak jeden podmiot (za P. Semeniuk, „Polskie zmowy przetargowe" - krytyka, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 1, s. 59, wraz z przywołanym tam orzecznictwem). Egis zauważył, że 100-procentowy udział spółki dominującej w kapitale spółki zależnej prowadzi do domniemania, że spółka ta wywiera decydujący wpływ będzie prowadzi do domniemania, że spółki te tworzą „jeden organizm gospodarczy" (zob. wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08 , Akzo Nobel NV i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, wraz z przywołanym tam orzecznictwem). Nadto Egis wskazał, że to właśnie w oparciu o doktrynę single economic unit. przedstawiciele doktryny prawa konkurencji zakwestionowali dotychczasową praktykę Prezesa UOKiK odnoszącą się do zmów przetargowych. Jak trafnie wskazał P. Semeniuk: „Jeżeli przedsiębiorcy będący stroną rzekomego antykonkurencyjnego

---

porozumienia nie posiadają „niezależnego ekonomicznego uzasadnienia", czy też „niezależnej ekonomicznej motywacji" dla swojego postępowania, nie sposób mówić o

porozumieniu pomiędzy tymi przedsiębiorcami w rozumieniu prawa konkurencji. Bez wspomnianej niezależnej ekonomicznej motywacji, pozorna niezależność przedsiębiorców polegająca na rejestracji odrębnych bytów prawnych nie ma znaczenia dla objęcia danej praktyki przepisami zakazującymi antykonkurencyjnych porozumień. Powyższa obserwacja jest mocno zakorzeniona w doktrynie tzw. jednego organizmu gospodarczego (ang. single economic unit) wypracowanej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Jeżeli niezależne w świetle prawa jednostki (takie jak spółki, czy też osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą) nie cieszą się „ekonomiczną niezależnością" (ang. economic independence), ustalenia pomiędzy takimi jednostkami nie są objęte art. 101 ust. 1 TFUE" (za P. Semeniuk, Polskie zmowy przetargowe - krytyka, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr l,s. 59).
Po trzecie, ciężar udowodnienia okoliczności faktycznych, iż Egis i spółka Egis Polska dopuścili się antykonkurencyjnego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 okiku, czy też czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk obciąża - z mocy art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy -odwołującego TPF. Odwołujący TPF poprzestaje tymczasem na ogólnym stwierdzeniu, że: „wykazanie istnienia porozumienia, czy też inaczej zmowy przetargowej, jest niezmiernie trudne pod względem dowodowym (...)", nie uprawdopodobniając nawet, że złożenie przez Egis oferty wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Reguły odnoszące się do rozkładu ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dopuszczenia się przez wykonawcę czynu wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji zostały szczegółowo wyjaśnione przez Izbę w wyroku z dnia 13 sierpnia 2013r., sygn. akt: KIO 1872/13.
Nadto Egis uważa, że na podstawie treści odwołania nie sposób ustalić, na czym miałoby polegać zawarcie przez Egis i spółkę Egis Poland antykonkurencyjnego porozumienia, czy dopuszczenie się przez te podmioty czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący TPF wskazuje że: „(...) to właśnie Egis Poland spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie składa on jednak oferty, ale udostępnia cały potencjał nowo powołanej spółce. Jednocześnie to właśnie Egis Poland de facto wykonuje wszystkie czynności zarządcze i administracyjne". Opisana relacja zachodząca między Egis, a spółką Egis Poland jest, zdaniem Egis, efektem naturalnej współpracy tych podmiotów w ramach grupy kapitałowej i nie prowadzi do naruszenia któregokolwiek z obowiązujących przepisów, w tym przepisów ustawy, przepisów okiku, czy przepisów uznk. W tym aspekcie Egis zwrócił uwagę na wyrok z dnia 19 grudnia 2013r., sygn. akt: KIO 2830/13.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. wyrok wraz z uzasadnieniem z dnia 30 marca 2015 r. sygn. akt KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 470/15, KIO 473/15, KIO 476/15 w celu ustalenia, do dokonania lub powtórzenia jakich czynności zamawiający został zobowiązany oraz wytycznych Izby co do sposobu wykonania przez zamawiającego wyroku jako okoliczność znaną Izbie z urzędu, wezwania zamawiającego skierowanego do wykonawcy Egis z dnia 15 kwietnia 2015r. oraz udzielonej przez tych wykonawcę Egis odpowiedzi z dnia 20 kwietnia 2015r, notatki z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 19 czerwca 2015r., pisma zamawiającego do wykonawcy TPF z dnia 1 lipca 2015r. wraz z załączonymi do niego odtajnionymi wyjaśnieniami Egis z dnia 1 kwietnia 2015r. i załącznikami, pisma zamawiającego do wykonawcy Getinsa z dnia 15 lipca 2015r., informacji o wyniku postępowania, złożone na rozprawie wyjaśnienia Egis z dnia 1 kwietnia 2015r., sprawozdania- rachunek zysków i strat za I półrocze 2015r. Egis i Egis Poland, opinii banków dotyczących rachunków Egis i Egis Poland, zobowiązanie Egis z dnia 29 października 2014r. wraz z aneksem z dnia 1 października 2015r., wyciąg z regulaminu pracy zamawiającego, Karta obmiaru jakości pracy konsultanta za miesiąc maj 2015r. w postępowaniu dotyczącym budowy drugiej jezdni obwodnicy Międzyrzecza.
Izba potraktowała opinie prof. M. oraz raport biegłego rewidenta jako stanowisko własne odwołującego TPF, gdyż zostały sporządzone na jego zlecenie i w zakresie określonym przez odwołującego.
Na rozprawie odwołujący TPF wniósł o dopuszczenie dowodu z protokołu rozprawy w sprawie KIO 457/15 na okoliczność wykazania faktu, iż w zakresie sposobu udostępnienia zasobu nie mieściło się wykonywanie części zamówienia przez Egis Poland, zaś odwołujący Getinsa przyłączył się do wniosku TPF i jednocześnie wniósł o włączenie w poczet materiału dowodowego akt postępowania w sprawach KIO 457/15, 464/15, 473/15 i 476/15.

Izba postanowiła nie dopuścić wnioskowanych dowodów, gdyż nie jest możliwe dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania odwoławczego, a odwołujący Getinsa nie wskazał kart akt tego postępowania, które miały by być włączone w poczet materiału dowodowego. Co do wniosku TPF, to w ocenie Izby dowód ten jest nieprzydatny dla stwierdzenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż odwołujący TPF oczekuje orzekania na podstawie oświadczeń strony postępowania odwoławczego złożonych na potrzeby uargumentowania swoich twierdzeń, Egis nie składał oświadczeń w formie dowodu np. z przesłuchania stron, tym samym nie sposób oceniać takie oświadczenia strategii procesowej pod kątem ich wiarygodności czy mocy dowodowej. Ponadto dopuszczenie takich dowodów było by sprzeczne z zasadą bezpośredniości materiału dowodowego.

Izba oceniła wyciąg z regulaminu pracy zamawiającego, jako dowód nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż regulamin pracy stanowi jedynie wskazanie obowiązku pracodawcy w związku z art. 18^{3a} § 1 kp i nie zawiera szczegółowych rozwiązań w zakresie zapobiegania niedyskryminacji, zatem nie określa działań zamawiającego związanych z realizacją tego obowiązku, tym samym nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia o prawidłowości oceny oferty odwołującego Getinsa w pkt. 2.2.1 działanie 5.
Izba oceniła, że Karta obmiaru jakości pracy konsultanta za miesiąc maj 2015r. w postępowaniu dotyczącym budowy drugiej jezdni obwodnicy Międzyrzecza nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż wprawdzie wskazanie w pkt. 2.4, 2.6, 4.1 i 4.4 wydają się odpowiadać działaniom opisanym przez odwołującego TPF jako działania 2 i 4 pkt. 1.2.2 oraz działanie 1 i 4 pkt. 2.1, to jednak brak znajomości kryteriów oceny ofert oraz uzasadnienia metodyki złożonej w tym postępowaniu nie pozwala na stwierdzenie, czy ówczesny zamawiający odmiennie ocenił identyczne uzasadnienie i był je w stanie weryfikować na etapie realizacji zamówienia.
Na podstawie dopuszczonych dowodów Izba ustaliła, że Izba w wyroku z dnia 30 marca 2015r. w sprawie sygn. akt KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15 i KIO 476/14 orzekła, że:
uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: SGS Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83 i ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, w Wiedniu, Zelinkagasse 10 w zakresie żądania unieważnienie czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm Mott, oraz w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy EGIS Polska Inżynieria Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z powodu nie wezwania EGIS Polska Inżynieria Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym dokonać wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wobec EGIS Polska Inżynieria Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powtórzyć czynność badania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: SGS Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83 i ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, w Wiedniu, Zelinkagasse 10, pozostałe żądania oddala
1B. uwzględnia odwołanie wykonawcy Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119 w zakresie żądania nakazania zamawiającemu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Mott MacDonald Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie, ul. Waliców 11 i Mott MacDonald Limited Croydon, Mott MacDonald House z siedzibą w Wielkiej Brytanii, w Surrey 8-10 Sydenham Road reprezentowanych przez Mott MacDonald Limited spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Waliców 11 do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, pozostałe żądania oddala
1C. uwzględnia odwołanie wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34 w zakresie żądań nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazania zamawiającemu wezwania Konsorcjum SAFEGE do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak ogłoszenia upadłości oraz otwarcia likwidacji w zakresie spółki SAFEGE SAS, nakazania zamawiającemu wezwania konsorcjum firm Mott do uzupełnienia dokumentów potwierdzających odpowiednio brak podstaw do wykluczenia i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym dokonać wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wobec Konsorcjum SAFEGE do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak ogłoszenia upadłości oraz otwarcia likwidacji, powtórzyć czynność badania oferty wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34, pozostałe żądania oddala 1D. uwzględnia odwołanie wykonawcy Egis Polska Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182 w zakresie żądań nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonania oceny ofert odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.3 siwz, wykluczenia konsorcjum firm Mott i odrzucenia złożonej przez nie oferty, udostępnienia odwołującemu dokumentów nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców biorących udział w postępowaniu i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonać ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonać oceny oferty wykonawcy Egis Polska Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182 w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.3 siwz, wykluczenia konsorcjum firm Mott i odrzucenia złożonej przez nie oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w poz. 1 wykazu A Wiedza i Doświadczenie, udostępnić wykonawcy Egis Polska Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182 dokumenty nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Getinsa-Payma S.L.z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8 reprezentowana przez Getinsa - Payma S.L. z siedzibą w Markach, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119 w zakresie poz. 3 i 4 części B wykazu Wiedza i Doświadczenie tj. poz. 3 w całości w zakresie wiaduktu

Regueiron, a poz. 4 za wyjątkiem klasy drogi oraz danych dotyczących wiaduktu, jego długości, ilości przęseł oraz rozpiętości, pozostałe żądania oddala.
W zakresie kryterium Metodyka Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 marca 2015r. zawarła następujące wytyczne dla zamawiającego :
Izba ustaliła, że w siwz zamawiający opisał następujący sposób dokonywania oceny ofert wykonawców w kryterium Metodyka, zgodnie z którym każde z podkryteriów oceniane będzie indywidualnie przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Punkty będą przyznawane indywidualnie przez poszczególnych członków komisji przetargowej dla każdego Podkryterium, następnie z punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej dla każdego z podkryterium będzie wyliczana średnia *arytmetyczna = suma punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji w danym podkryterium/ ilość członków komisji. Wyliczone w ten sposób* średnie *arytmetyczne dla każdego z podkryterium zostaną zsumowane dla całego opracowania „Metodyka" otrzymując w ten sposób punktację w kryterium Metodyka. Zamawiający na rozprawie podał do protokołu „Faktycznie w Markach każdy członek komisji przyznawał punkt, a potem wyciągano* średnią, *natomiast tutaj komisja obradowała wspólnie opracowując wspólną ocenę.", to oświadczenie pokrywa się z dokumentem zbiorcze zestawienie punktacji członków komisji – kryterium Metodyka, z którego wynika, że każdy z 9 członków komisji przetargowej w każdym z podkryteriów identycznie jak pozostali ocenił daną metodykę tj. przyznał tę samą ilość punktów, co pozostali członkowie. Częściowo oświadczenie zamawiającego potwierdza także notatka z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 22 stycznia 2015r., z której wynika, że członkowie komisji ustalili, że odbędzie się wspólne głośne czytanie poszczególnych opracowań (zgodne z oświadczeniem zamawiającego na rozprawie), a następnie każdy członek na podstawie własnych doświadczeń i w oparciu o posiadane kwalifikacje przyzna swoje pkt. w każdym z podkryterium (niezgodne z dokumentem zbiorcze zestawienie punktacji członków komisji – kryterium Metodyka). Izba dała zatem wiarę wyjaśnieniom zamawiającego na rozprawie i w konsekwencji ustaliła, że komisja przetargowa oceniała*

oferty wykonawców w kryterium Metodyka niezgodnie z postanowieniami siwz, albowiem członkowie komisji przetargowej nie przyznawali punktów indywidualnie, a wspólnie wypracowywali stanowisko, co mogło mieć wpływ w ocenie Izby na przyznaną wykonawcom punktację.
Izba ustaliła, że zgodnie z siwz podstawą nieprzyznania punktów było:
- działanie nie wykraczające poza określone przez zamawiającego w siwz,
- działanie wykraczające poza określone przez zamawiającego w siwz, ale nie adekwatne do celu jaki ma być osiągnięty w ramach danego podkryterium,
- zidentyfikowany obszar ryzyka nieadekwatny do przedmiotu zamówienia,

49

- wskazanie działania wykraczającego poza określone przez zamawiającego w siwz, ale bez uzasadnienia.

Na podstawie tych ustaleń Izba doszła do przekonania, że skoro wykonawcy nie zgłaszali zastrzeżeń do treści siwz na odpowiednim do tego etapie zmierzających, do doprecyzowania pojęcia działania wykraczającego poza określone w siwz, to obecnie w ocenie Izby nie mogą skutecznie kwestionować czynności zamawiającego wskazującej, że dane działanie nie wykracza poza określone przez zamawiającego w siwz, o ile zamawiający wskazał, gdzie w jego ocenie działanie w siwz zostało określone. Poziom ogólności określenia w siwz działania czy wewnętrzne przekonanie wykonawców, że działanie należy utożsamiać z obowiązkiem szczegółowym z siwz, nie powoduje, że ocena zamawiającego poparta wskazaniem działania w siwz, jest niezgodna z opisanym w siwz sposobem dokonywania oceny.
Na marginesie jedynie Izba poddaje pod rozwagę zamawiającemu, w celu uniknięcia sporów w przyszłości, doprecyzowania lub zdefiniowania pojęcia „działania wykraczającego poza określone przez zamawiającego w siwz". Dodatkowo poza istotą przedmiotowego sporu, Izba, w takim sposobie określenia kryteriów, dostrzega niebezpieczeństwo naruszenia triady zamówień publicznych tj. art. 140 ust. 1 i 2 ustawy, zgodnie z którym zakres świadczenia *wykonawcy (przedmiot umowy – przyp. aut.) wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że przedmiot zamówienia musi być tożsamy z przedmiotem umowy, a z kolei przedmiot umowy tożsamy ze* świadczeniem *wykonawcy określonym w ofercie. Skoro zaś zamawiający oczekuje działań wykraczających poza wskazane w siwz, a więc innych niż opisane w przedmiocie zamówienia, i te działania mają stać się następnie przedmiotem umowy, to może zaistnieć sytuacja, w której* świadczenie *wykonawcy wynikające z oferty i do którego zobowiązał się w ramach zawartej umowy nie będzie tożsame z przedmiotem zamówienia, co więcej będzie poza niego wykraczać.*

Kolejnymi powodami odmowy przyznania punktów jakie Izba ustaliła były :
- działanie wykraczające poza określone przez zamawiającego w siwz, ale nie adekwatne do celu jaki ma być osiągnięty w ramach danego podkryterium,
- zidentyfikowany obszar ryzyka nieadekwatny do przedmiotu zamówienia,
- wskazanie działania wykraczającego poza określone przez zamawiającego w siwz, ale bez uzasadnienia.
Izba dokonała zatem ustalenia powodów odmowy przyznania punktów w poszczególnych metodykach:

50

Oceny metodyk w związku z tym, że metodyki objęto zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa objęto klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa nie mniej w ocenie Izby tajemnica odnosi się do wskazanych przez poszczególnych wykonawców działań czy obszarów ryzyka oraz ich uzasadnienia, a nie uzasadnienia odmowy przyznania punktów przez komisję przetargową, w ocenach metodyk komisja jako uzasadnienie odmowy przyznania punktów podawała przykładowo
„Działanie nie wykraczające poza określone przez zamawiającego (patrz zapis umowy …..,poz. …. załącznika nr 1 do umowy) – ocena zgodna z siwz zamawiający miał przyznawać punkty za działania wykraczające poza określone przez zamawiającego w siwz,

w innym podkryterium – uszczegółowienie działania z innego podkryterium nr…. – ocena niezgodna z przyjętą w siwz - zamawiający nie wskazał, ze nie przyzna punktów za działania powtarzające się, zamawiający musiałby wykazać, ze działanie jest nieadekwatne do celu danego podkryterium, albo nie zawiera uzasadnienia,
w tym samym podkryterium – powielenie działania/ryzyka nr …., działanie może się przyczynić do zminimalizowania błędów, ale jest jednocześnie uzupełnieniem innego działania — ocena niezgodna z przyjętą w siwz - zamawiający nie wskazał, ze nie przyzna punktów za działania powtarzające się, zamawiający musiałby wykazać, ze działanie jest nieadekwatne do celu danego podkryterium, albo nie zawiera uzasadnienia,
działanie trudne do zweryfikowania, działanie ogólnikowe, działanie nakłada obowiązki na wykonawcę, konsultant nie ma realnego wpływu na działanie, działanie bezskuteczne, trudne do wyegzekwowania, działanie nie wpływa w sposób decydujący na stałość zatrudnienia – ocena nie zgodna z przyjętą w siwz - zamawiający nie określił, że nie przyzna punktów za działanie dodatkowe, które nie będzie weryfikowalne, mierzalne, egzekwowalne, nakładające obowiązki na inny podmiot niż konsultant i jego zespół, nie określił też stopnia wpływu działania na cel,
to nie jest propozycja dodatkowego działania, a raczej wewnętrzny sposób organizacji pracy konsultanta – ocena niezgodna z siwz zwłaszcza, że w podkryterium 2 celem całego podkryterium było zapewnienie przez konsultanta organizacji pracy zespołu
działanie opisane nieprecyzyjnie, działanie wpłynie pozytywnie na morale personelu, ale nie ma wpływu na zapewnienie stałości zatrudnienia – ocena zamawiającego zgodna z siwz w pierwszym przypadku należy uznać, że działanie nie zawiera uzasadnienia, a w drugim, że nie jest adekwatne do osiągnięcia celu w danym podkryterium.
Oceniając tak zgromadzony materiał dowodowy Izba ustaliła, że komisja przetargowa przy dokonywaniu oceny ofert w kryterium „Metodyka" stosowała dodatkowo inne niż wynikające z siwz podstawy odmowy przyznania punktów, co mogło mieć wpływ na cenę ofert wykonawców w tym kryterium.

Okolicznością bezsporną jest fakt, że odwołujący Getinsa w odwołaniu o sygn. akt KIO 464/15 nie podnosił zarzutów związanych z oceną jego metodyki przez zamawiającego i ilością punktów przyznanych mu w ramach tego kryterium.
W dniu 15 kwietnia 2015r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonaną w dniu 27 lutego 2015r. i zobowiązał się do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
W dniu 15 kwietnia 2015r. zamawiający wezwał Egis do złożenia części sprawozdania finansowego: rachunku zysków i strat, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta, również opinię o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej rachunku zysków i strat, oraz uzupełnienia dokumentu potwierdzającego udostępnienie zasobu ekonomicznego w zakresie sposobu jego udostępnienia, wskazując także jakie warunki musi spełnić wykonawca aby skutecznie posłużyć się zasobem podmiotu trzeciego.

W dniu 20 kwietnia 2015r. Egis złożył wyjaśnienia wraz z dokumentami obejmując je w całości tajemnicą przedsiębiorstwa.
Wykonawca TPF przekazał zamawiającemu treść odtajnionych wyjaśnień Egis z dnia 1 kwietnia 2015r. złożonych w postępowaniu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzanie trzema kontraktami pn.: „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków – Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 – Zadanie I Odcinek od km 295+850 (od Węzła „Stryków I" bez Węzła) do km 310+000"; „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków – Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 – Zadanie II Odcinek od km 310+000 do km 320+010"; „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków – Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 – Zadanie III Odcinek od km 320+010 do km 335+937,65 (bez odcinka od km 322+150 do km 324+950) (w skrócie postępowanie dot. autostrady A1 Stryków) wraz z odtajnionymi załącznikami do tych wyjaśnień.
W dniu 1 lipca 2015r. zamawiający poinformował wykonawcę Egis o odtajnieniu części informacji zawartych w piśmie Egis z dnia 20 kwietnia 2015r.
Analiza porównawcza wyjaśnień wraz załącznikami Egis z dnia 1 kwietnia 2015r. złożonych

w postępowaniu dotyczącym autostrady A1-Stryków i wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2014r. wraz z załącznikami tych dokumentów wykazała, że ich treść jest identyczna poza aneksem nr 1 z dnia 24 października 2015r. (do wyjaśnień z dnia 1 kwietnia 2015r.) i aneksem z dnia 10 października 2015r. oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów (do wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2015r.)

52

Z umowy o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014 r. wynika, że przedmiotem tej umowy jest określenie warunków umów, jakie strony mogą w przyszłości zawrzeć, a których przedmiotem są:
A. Usługi rachunkowo-księgowe, finansowe oraz kontroling,
B. Usługi w zakresie obsługi kadrowej,
C. Usługi w zakresie bieżącego zarządu EGIS POLSKA INŻYNIERIA oraz obsługa administracyjno - sekretarska,
D. Zarządzanie inwestycjami i projektami,
E. Usługi w zakresie przygotowywania ofert (czynności prawne, administracyjne i wszelkie inne związane z koordynacją i opracowaniem ofert).
F. Obsługa prawna.
G. Usługi IT.

Z części II ust. 1 wynika, że zawarcie każdej z umów opisanych powyżej w punkcie I umowy współpracy nastąpi poprzez podpisanie załącznika do niniejszej umowy. Każdy z załączników będzie zawierał w swoim tytule odniesienie do konkretnej umowy, której będzie dotyczył. W ust. 2 postanowiono, że od momentu podpisania załącznika odnoszącego się do konkretnej umowy, strony będą wiązały postanowienia określone w punkcie I umowy współpracy statuujące warunki tej umowy. Wiążące będą również dla konkretnej umowy postanowienia załącznika. Z preambuły aneksu nr 1 do umowy współpracy z dnia 24 października 2014r. wynika, że dotyczy ona ubiegania się przez Egis o zamówienie w postępowaniu dot. autostrady A1 Stryków. Z §1 tego aneksu wynika, że Egis Poland podjemie wszelkie kroki niezbędne do tego, by Egis w sposób należyty i zgodny z oczekiwaniami zamawiającego zrealizował zamówienie oraz gwarantował względem zamawiającego jak i podmiotów trzecich iż zamówienie zostanie w taki właśnie sposób wykonane przez Egis. W § 2 wskazano na szczególne zobowiązania Egis Poland tj.:
- powierzanie Egis na zasadzie umów podwykonawstwa, umów zlecenia, umów o dzieło lub umów o współpracę realizację usług wykonywanych przez Egis Poland na rzecz podmiotów trzecich, w tym zamawiających publicznych, celem zwiększenia przez Egis przychodów z prowadzonej działalności,
-poręczanie za zobowiązania Egis Poland lub udzielanie innego wymaganego przez właściwy bank/ubezpieczyciela zabezpieczenia celem zagwarantowania, iż Egis uzyska gwarancję bankową lub ubezpieczeniową, którą mógłby przedstawić zamawiającemu jako zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia,
- zobowiązanie się do dnia zawarcia przez Egis umowy z zamawiającym, do zawarcia z zamawiającym bez konieczności kierowania przez zamawiającego lub Egis dodatkowego wezwania – umowę poręczenia ewentualnie według wyboru zamawiającego przystąpi do

53

---

długu Egis. Egis Poland oświadczyło ponadto, że w razie zaistnienia takiej konieczności na warunkach uzgodnionych z zamawiającym wystąpi w charakterze podwykonawcy Egis i będzie realizowało przedmiot zamówienia w sposób bezpośredni.
Aneks z dnia 10 października 2014r. zawiera w preambule wskazanie, że dotyczy niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w pozostałej części w szczególności w zakresie §1 zawiera identyczny zakres zobowiązania Egis Poland jak aneks nr 1 z dnia 24 października 2014r.
Ze zobowiązania Egis Poland z dnia 10 października 2014r. załączonego do wyjaśnień z dnia 21 kwietnia 2015r. wynika, że Egis Poland zobowiązuje się do podjęcia wszelkich niezbędnych działań do tego, by udostępnienie zasobów, miało charakter realny, w szczególności do świadczenia na rzecz Egis usług doradczych, szkoleniowych, m. in. poprzez udostępnienie dokumentów organizacyjnych opracowanych na poprzednio

realizowanych podobnych inwestycjach, udostępnienie personelu, a także przez gotowość wsparcia finansowego Egis w formie udzielenia pożyczki oraz w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej w szczególności w sposób wskazany w umowie o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014r. oraz aneksie do umowy (stanowiących załącznik do niniejszego zobowiązania). Egis Poland poinformował, że załącznik jest w całości objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Różnica pomiędzy tym zobowiązaniem, a zobowiązaniem załączonym do oferty sprowadza się do dodania po słowach „w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej" słów „w szczególności w sposób wskazany w umowie o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014r. oraz aneksie do umowy (stanowiących załącznik do niniejszego zobowiązania)". Egis Poland w zobowiązaniu uzupełnionym poinformował, że załącznik jest w całości objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Treść pkt 6 nie uległa zmianie i miała brzmienie „Szczegółowe zasady udziału podmiotu udostępniającego w trakcie realizacji zamówienia zostaną uregulowane w umowie o współpracy"
Izba oceniła, że załączniki A-G do umowy o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014r. oraz § 1 ust. 3 aneksu do tej umowy datowanego na dzień 10 października 2014r. zostały prawidłowo ocenione przez zamawiającego jako spełniające cechy informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. W załącznikach tych są uregulowane szczegółowe aspekty finansowe przyszłych umów, których zakresy zostały jedynie ogólnie i hasłowo wskazane w § 1 umowy o współpracy. W ocenie Izby takie elementy jako wskazujące na zakres współpracy dwóch przedsiębiorców w ramach tej samej grupy kapitałowej, ich wzajemne relacje finansowe oraz zaangażowanie mają wartość gospodarczą

---

i mogą służyć umocnieniu pozycji tych przedsiębiorców na rynku, a także stanowić o ich strategii gospodarczej. Te elementy zatem mieszczą się w pojęciu informacji chronionej art. 11 ust. 4 uznk. Bezsporne jest, że przystępujący Egis zachował je w poufności, już choćby z tego względu, że gdyby było inaczej, to odwołujący TPF wykazałby gdzie i kiedy zostały udostępnione do publicznej wiadomości. Również z pkt V umowy o współpracę wynika zakaz przekazywania osobom trzecim informacji związanych w wykonywaniem niniejszej umowy. Ponadto przystępujący Egis złożył wyjaśnienia uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy i wskazał na to, że zachowuje poufność tych informacji. W tym stanie rzeczy Izba w całości podzielając ustalenia składu orzekającego wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 863/15 uznała, że czynność zamawiającego w tym zakresie była prawidłowa.
Izba ustaliła, że odwołujący Getinsa i TPF nie kwestionowali tak treści jak i daty powstania umowy o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014r., ani także daty i treści zobowiązania Egis Poland załączonego do oferty Egis.
Izba oceniła, że żaden z wykonawców nie domagał się przeprowadzenia dowodów na okoliczność w jakiej dacie powstały aneks do umowy współpracy datowany na dzień 10 października 2014r. oraz zobowiązanie Egis Poland datowane na dzień 10 października 2014r., a załączone do pisma przystępującego Egis z dnia 20 kwietnia 2015r.
W notatce Komisji przetargowej z dnia 19 czerwca 2015r. komisja złożyła oświadczenie, że każde z podkryteriów kryterium Metodyka oceniane będzie indywidualnie przez poszczególnych członków komisji dla każdego z podkryterium. Następnie z punktów przyznanych przez poszczególnych członków wyliczana będzie średnia arytmetyczna, która zostanie zsumowana dla całego opracowania Metodyka. Ocenie ofert nie podlegały oferty wykonawców Idom Ingeneria y Consultoria i IDOM Inżynieria oraz Konsorcjum Mott. Natomiast Konsorcjum ZBMIZ i MGGP i Safage otrzymało ocenę 37 pkt. na 40, Konsorcjum SGS i ECMG otrzymało ocenę 22 pkt na 40, Getinsa otrzymała 38 pkt. na 40, TPF otrzymał 38 pkt. na 40, Multiconsult otrzymał 29 pkt. na 40, Egis otrzymał 37 pkt na 40.
Z informacji o wyniku postępowania ustalono, że :
Konsorcjum ZBMIZ i MGGP i Safage otrzymało ocenę w kryterium cena 47,48 pkt w kryterium Metodyka – 38,95 pkt, łącznie 86,43 i zajęło 4 pozycję w rankingu ofert, Konsorcjum SGS i ECMG otrzymało ocenę w kryterium cena 57,72 pkt w kryterium Metodyka – 23,16 pkt, łącznie 80,88 i zajęło 6 pozycję w rankingu ofert, Getinsa otrzymał ocenę w kryterium cena 47,61 pkt w kryterium Metodyka – 40 pkt, łącznie 87,61 i zajął 3

pozycję w rankingu ofert, TPF otrzymał ocenę w kryterium cena 47,84 pkt w kryterium Metodyka – 40 pkt, łącznie 87, 84 i zajął 2 pozycję w rankingu ofert, Multiconsult otrzymał ocenę w kryterium cena 53,39 pkt w kryterium Metodyka – 30,53 pkt, łącznie 83,92 i zajął 5 pozycję w rankingu ofert, Egis otrzymał ocenę w kryterium cena 60 pkt w kryterium Metodyka – 38,95 pkt, łącznie 98,95 i zajął 1 pozycję w rankingu ofert.

55

W ocenie Izby zmiana punktacji przez przyznanie odwołującemu Getinsa czy TPF wyższej liczby punktów za poszczególne podkryteria kryterium Metodyka przekłada się na ich pozycję rankingową, przy czym zmiana tej liczby o żądane dwa punkty, u żadnego z wykonawców nie daje mu przewagi nad wykonawcą Egis, natomiast jeżeli Getinsa otrzymała by choćby o 1 punkt więcej od TPF, jego oferta wyprzedziłaby ofertę TPF. Tym samym nie można odmówić słuszności argumentacji wykonawcy TPF, że ma interes w dążeniu do uzyskania większej ilości punktów w kryterium metodyka, w celu zabezpieczenia swojego bytu w przedmiotowym postępowaniu. Przykładowo można wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 roku (sygn. akt V Ca 2142/12) *W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wykonawcy mają możliwość skażenia również zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający. Wykonawca także w takiej sytuacji może posiadać interes we wniesieniu odwołania. Dla wykazania interesu nie jest przecież konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego (art. 179 pzp).*
Izba badając karty indywidualnej oceny poszczególnych członków komisji przetargowej oceniające ofertę TPF ustaliła, że nie było rozbieżności pomiędzy członkami komisji przetargowej, co do odmowy lub przyznania punktu w danym podkryterium, czyli nie było sytuacji, w której jeden z członków komisji przetargowej przyznaje temu samemu działaniu punkt, a inny tego punktu odmawia. Natomiast, co do sposobu uzasadnienia podstaw odmowy lub przyznania punktu, to pomiędzy poszczególnymi członkami komisji występują różnice tak co do stopnia szczegółowości uzasadnienia, kładzionego nacisku w argumentacji, szyku zdań i ich kolejności, a także sporadycznie co do okoliczności stanowiących podstawę odmowy punktu. Izba ustaliła też, że członkowie komisji przetargowej starali się korzystać ze sformułowań używanych przez zamawiającego w siwz, jako okoliczności dających im podstawę do odmowy przyznania punktu, zgodnie z wytycznymi Izby zawartymi w wyroku 30 marca 2015r. Izba oceniając materiał dowodowy w tym zakresie ustaliła, że brak jest dowodu na to, że członkowie komisji przetargowej nie dokonywali oceny samodzielnie, wprawdzie nie występowała sytuacja rozbieżności w ocenie pomiędzy poszczególnymi członkami komisji co do przyznania punktu, ale występują różnice w użytych sformułowaniach, szyku i kładzionego nacisku w argumentacji, co w ocenie Izby wskazuje, że oceny komisji były indywidualne. Nadto Izba oceniła, że członkowie komisji przetargowej wyraźnie kierowali się wytycznymi Izby zawartymi w wyroku z dnia 30 marca 2015r., w którym Izba wskazała, jakie elementy uzasadnienia przyznania lub odmowy przyznania punktu są zgodne z opisem kryteriów oceny ofert w kryterium metodyka, a które nie i jakie są podstawy odmowy przyznania punktu. Tym samym w ocenie Izby brak różnic w

56

---

punktacji nie powinien być oceniony jako brak indywidualnej oceny oferty, ale jako ściśle wykonywanie orzeczenia Izby.
Jak wynika ze zobowiązania Egis Poland z dnia 29 października 2014r. treść tego zobowiązania była identyczna, co do sposobu udostępnienia zasobów pkt. 4 i 6 zobowiązania jak treść zobowiązania opatrzonego datą 10 października 2014r. Aneks z dnia 29 października 2014r. nie został opatrzony numerem aneksu i dotyczy zgodnie z preambułą zamówienia publicznego np. „Pełnienie Nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości około 3,9 km" oraz dostawę sprzętu laboratoryjnego" zaś postanowienia zawarte w §1 ust. 1, 2 i 4 są identyczne jak w aneksie datowanym na dzień 10 października 2014r.
Oba dokumenty zostały zamawiającemu złożone w wyniku uzupełnienia dokumentów w dniu 13 kwietnia 2015r. – okoliczność przyznana przez Egis na rozprawie.

Z rachunku zysków i strat wraz z tłumaczeniem za i półrocze 2015 dla Egis wynika, że ogólny zysk netto w dacie otwarcia to 120 tys. zł, zaś zamknięcia 563 tys. zł. , co oznacza półroczny dodatni bilans na kwotę ok. 440 tys. netto.
Z rachunku zysków i strat wraz z tłumaczeniem za i półrocze 2015 dla Egis Poland wynika, że ogólna strata netto w dacie otwarcia to 9 450 tys. zł, zaś zamknięcia 321 tys. zł.
Ze specjalistycznej opinii bankowej baku Societe Generale z dnia 13 lipca 2015r. wynika, że Egis na dzień 8 lipca 2015r. dysponowała środkami finansowymi w wysokości 700 tys. złotych i miała przyznany limit na gwarancje bankowe w wysokości 600 tys. euro, czyli 2 532 780zł. z czego wykorzystała 337 791, 83zł.
Ze specjalistycznej opinii bankowej banku Societe Generale z dnia 13 lipca 2015r. wynika, że Egis :Poland na dzień 8 lipca 2015r. miała przyznany limit kredytowy w maksymalnej wysokości 2 500 tys. euro, z czego na dzień 16 czerwca 2015r. wykorzystała 8 379 857,55 zł., i posiadała na ten dzień dostępne środki w ramach kredytu na rachunku bieżącym w wysokości przekraczającej 2 000 tys. zł.
Z opinii bankowej Credit Agricole z dnia 15 lipca 2015r. wynika, że dla klienta Egis Poland na dzień 16 czerwca 2015r. saldo wolnych środków wynosiła 667536,09 euro, zaś w linii gwarancyjnej na kwotę 1 500 tys euro Egis Poland wykorzystał 857 541,58 euro (tym 600 000 pln z tytułu wadium w niniejszym postępowaniu) i w przypadku wygrania przez Egis niniejszego przetargu Bank nie widzi przeciwwskazań, aby Egis Poland wystąpiła o gwarancję należytego wykonania za zobowiązania Egis.
Odwołujący Egis nie wnioskował o przeprowadzenie dowodów mających na celu ustalenie w jaki sposób strata wynikająca ze sprawozdań finansowych Egis Poland ma wpływ na kondycję finansową tej firmy.

Z opinii prof. Machnikowskiego wynika, że opinia ma na celu wykazać okoliczność związaną z cywilnoprawną skutecznością umowy o współpracy zawartej w dniu 1 sierpnia 2014r. pomiędzy Egis i Egis Poland, do której w dniu 10 października 2014r. zawarto aneks. Izba oceniła ten dokument jako oświadczenie własne odwołującego TPF mające na celu wzmocnienie tez odwołującego o braku wiążącego charakteru tak dla Egis jak i zamawiającego umowy o współpracę i jej załącznika, a także wymienionych w aneksie sposobów udostępnienia zasobów, a także potencjalnej możliwości zawarcia umowy pozornej i nieważnej. Niewątpliwie tezy te przenoszą instytucję prawa zamówień publicznych tj. udostępnienie zasobów przez inny podmiot wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o zamówienie publiczne w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na grunt rozważań o cywilnoprawnym charakterze takiego zobowiązania i jego skuteczności, czy wiążącym charakterze na etapie realizacji przyszłej umowy. Wskazany dokument nie może stanowić jednak dowodu, co do charakteru umowy o współpracy czy aneksu w świetle regulacji prawa krajowego, gdyż prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność ustalenia treści prawa krajowego jest niedopuszczalne i pozostaje w wyłącznej kognicji organów powołanych w ramach systemu środków ochrony prawnej.
Co do opinii biegłego rewidenta, to również tę opinię Izba traktuje jako stanowisko własne odwołującego TPF służące wzmocnieniu argumentacji w zakresie tezy, że wskazanie jako sposobu realnego przekazania zasobu poręczenia za zobowiązania Egis w związku z koniecznością zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Biegły rewident postawił swoje tezy w oparciu wyłącznie o badanie zaudytowanych sprawozdań finansowych, opinii biegłego rewidenta wraz z uzupełniającymi raportami, sprawozdań zarządu z działalności i uchwał Walnego Zgromadzenia wspólników oraz opinii bankowych z 29 lipca 2014r oraz 14 sierpnia 2014r. Wskazał, że ustalone skutki finansowe mogły zostać nie w pełni rozpoznane i ocenione. Biegły rewident wskazał, że przedmiotem opinii nie była opinia w rozumieniu ustawy o rachunkowości. Z konkluzji opinii wynika, że Egis Poland nie jest w stanie wypłacić kwoty 5,3 mln zł. na zabezpieczenie należytego wykonania umowy, gdyż dysponuje środkami w wysokości 3,2 mln zł., a obecna sytuacja ekonomiczna – finansowa spółki nie wskazuje by mogła ona pozyskać dalsze kredyty na rynku.
Oceniając ten raport w świetle dokumentów bankowych złożonych przez przystępującego Egis, Izba przyjęła, że niesłuszna jest teza odwołującego TPF o tym, że Egis Poland nie posiada możliwości udostępnienia Egis zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pełnej wysokości tj. ok. 5,3 mln. zł., gdyż nie będzie mógł pozyskać takich kwot w ramach dostępnych mu instytucji bankowych. Przystępujący wykazał, że Egis Poland ma możliwość

aktualnie uzyskiwania gwarancji bankowych i posiada wolne środki, nadto środki takie i zdolność pozyskania gwarancji bankowej ma także sam Egis, co w ocenie Izby ma znaczenie dla ustalenia, czy udostępnienie zasobu ekonomicznego jest możliwe i realne.

58

Przy ocenie tej realności nie można bowiem pominąć, że zamawiający w pkt. 8.2.7 siwz wymagał od wykonawców polegających na cudzych zasobach, aby byli w stanie wykazać, że będą dysponować 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. Analogiczne postanowienie pojawiło się w pkt 8.2.8 siwz. Jest to wprawdzie postanowienie przeniesione wprost z §1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie mniej jednak w ocenie Izby wskazuje na granicę dowodzenia realności zasobu, granicą tą jest „niezbędny stopień dla należytego wykonania zamówienia". Tym samym nie jest zasadna teza odwołującego TPF, że konieczne jest wykazanie, że np. podmiot udostępniający zasób musi być w stanie zabezpieczyć całe zabezpieczenie należytego wykonania umowy samodzielnie, ale powinno być także brane pod uwagę, czym dysponuje wykonawca, bo to czym dysponuje będzie stanowić punkt odniesienia dla oceny potrzeby udostępnienia zasobu. Przykładowo w ocenie Izby nieracjonalnym jest oczekiwanie, że podmiot udostępniający zasób potencjału kadrowego udostępni wykonawcy pełną wymaganą obsadę kadrową, podczas, gdy wykonawca nie spełnia wymaganego przez zamawiającego warunku jedynie w odniesieniu do dwóch architektów, a posiada wymaganych 30 inżynierów w wymaganych specjalnościach. W ocenie Izby racjonalne w takim przypadku jest oczekiwanie, że podmiot trzeci udostępni właśnie w stopniu niezbędnym do należytej realizacji przedmiotowego zamówienia, to jest o jedynie brakujących dwóch architektów. O tym, że tak należy rozumieć granice realności udostępnienia przemawia także § 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdyż w przepisie tym ustawodawca wyraźnie wskazuje, w jaki sposób postrzega granicę realności udostępnienia tj. np. przez udział podmiotu udostępniającego w realizacji części zamówienia, tej części w której właśnie wykonawcy brakuje wiedzy czy doświadczenia, a nie w całości inwestycji. Tym samym oczekiwanie TPF, że to Egis Poland deklarując pomoc Egis przy uzyskaniu gwarancji należytego zabezpieczenia wykonania umowy będzie uzyskiwał ją do pełnej wysokości kwoty takiego zabezpieczenia, a nie tylko do kwoty niezbędnej wykonawcy Egis, nie znajduje odzwierciedlenia, ani w postanowieniach siwz, ani w wymaganiach przepisów wykonawczych do ustawy. Również z tego względu tezy odwołującego TPF stawiane w raporcie biegłego rewidenta Izba uznała za niesłuszne.

Izba zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

59

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem któregokolwiek z odwołań.
Izba ustaliła, że odwołujący wykazali interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępujących Egis i TPF, że art. 179 ust. 1 ustawy, który brzmi *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.",* powinien być rozumiany jako interes w podniesieniu zarzutu, czy możliwość wystąpienia szkody w związku z podniesionym zarzutem. Zarówno bowiem interes jak i szkoda są powiązane przez ustawodawcę nie z postępowaniem odwoławczym, ale z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, czyli przed wniesieniem odwołania podmiot musi rozważyć, czy ma (na datę wniesienia odwołania) szansę na uzyskanie zamówienia np. jeśli wyeliminuje konkurentów, albo miał taką szansę przed jego wykluczeniem, odrzuceniem jego oferty, czy niezaproszeniem go do postępowania i jednocześnie musi przeanalizować czy poniósł

szkodę (bo w związku z wykluczeniem nie uzyska zamówienia i poniesie koszty przygotowania oferty i udziału w postępowaniu) lub może ponieść szkodę (bo jeśli nie wyeliminuje konkurencji przewidując możliwe scenariusze zdarzeń w związku z wniesieniem środka ochrony prawnej, to nie uzyska zamówienia i w dalszym toku postępowania dozna szkody, gdyż poniesie koszty przygotowania oferty i udziału w postępowaniu). Tym samym tak szkoda jak i interes nie dotyczą zarzutu, a możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym choćby pojedynczy zarzut samodzielnie nie polepszał sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu, to w ocenie Izby nie oznacza, że powinien być pominięty, czy pozostawiony bez rozpoznania, zwłaszcza, że pozornie pojedynczy zarzut może nie wpływać na sytuację danego wykonawcy, ale w zależności od rozstrzygnięcia pozostałych zarzutów może mieć kluczowe znaczenie dla interesu i szkody wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. W tej sytuacji Izba nie oceniła żadnego z zarzutów kwestionowanych przez zamawiającego, przystępujących Egis i TPF jako niepodlegających rozpoznaniu z uwagi na brak interesu, czy brak możliwości poniesienia szkody.

Sygn. akt KIO 1426/15
Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez TPF:
a) Wykazu Wiedza i doświadczenie,

---

b) Oświadczeń o użyczeniu zasobów wraz z dokumentami złożonymi z tymi oświadczeniami,
pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut ten został wycofany pismem odwołującego z dnia 15 lipca 2015r. W konsekwencji zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Egis i TPF, pomimo iż wykonawcy ci nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania TPF został przez odwołującego wycofany pismem z dnia 15 lipca 2015r. W konsekwencji zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

Zarzut odnoszący się do zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Bezspornym jest, że przychody, którymi miał się wykazać wykonawca Egis w ramach warunku ekonomicznego zostały przez Egis wykazane za pomocą zasobu udostępnionego. Odwołujący Getinsa kwestionował wiarygodność ekonomiczną podmiotu udostępniającego zasób tj. Egis Poland odwołujący się do wysokości ponoszonych przez ten podmiot strat w latach 2011 – 2014 i wywodząc, że podmiot znajduje się w trudnej sytuacji finansowej i ekonomicznej „na skraju upadłości”, co nie daje gwarancji realnego udostępnienia zasobu ekonomicznego. Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Izba oceniła, że straty w latach ubiegłych rzeczywiście występowały, natomiast brak jest dowodu na to, że spółka Egis Poland ogłosiła upadłość, czy też nie reguluje swoich zobowiązań w stopniu powodującym utratę płynności finansowej. Natomiast zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez przystępującego Egis w postaci opinii bankowych tak dołączonych do oferty Egis jak i złożonych na rozprawie wskazuje na to, że Egis Poland jest wiarygodnym partnerem dla banków go obsługujących na tyle aby udzielić linii kredytowych w znacznych wysokościach. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się okoliczności wskazujących na brak wiarygodności ekonomicznej podmiotu udostępniającego zasób. Również o braku realności udostępnienia zasobu miało w ocenie odwołującego Getinsa świadczyć to, że aneks do umowy współpracy z dnia 1 sierpnia 2014r. datowany na dzień 10 października 2014r. musiał powstać po dacie składania ofert w niniejszym postępowaniu, gdyż aneks do

umowy o współpracy oznaczony nr 1 został opatrzony datą 24 października 2014r. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że w dacie składania ofert nie nastąpiło realne udostępnienie zasobów ekonomicznych. Izba w sprawie sygn. akt KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15 i KIO 476/15 w wyroku z dnia 30 marca 2015r. w uzasadnieniu na podstawie zobowiązania Egis Poland załączonego do oferty Egis w zakresie warunku ekonomicznego ustaliła, że „W *ocenie Izby ze zobowiązania Egis Poland nie wynika sposób i zakres udostępnienia tego zasobu. Wyraźnie bowiem Egis Poland wskazuje na udostępnienie usług doradczych, szkoleniowych i materiałów (przekazanie wiedzy i doświadczenia) oraz pożyczek lub innych form finansowania (przekazanie zdolności finansowej), brak jest jednak wskazania w jaki sposób wykonawca Egis będzie mógł skorzystać z płynności i stabilności obrotów podmiotu udostępniającego. Biorąc to pod uwagę, w ocenie Izby nie można w* świetle *zgromadzonego materiału dowodowego ustalić,* że *udostępnienie potencjału ekonomicznego było realne.".* Odwołujący Getinsa nie kwestionował ani zakresu, ani daty postania umowy o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014r. W ocenie Izby dokument ten, choć nie odnoszący się bezpośrednio do udostępnienia przez Egis Poland zasobów w niniejszym postępowaniu, ale regulujący warunki wzajemnej współpracy dwóch podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wskazuje, że pomiędzy tymi podmiotami zachodzi ścisła współpraca opisana przede wszystkim a Ad C i Ad D, w tym: prowadzenie spraw Egis związanych z bieżącą obsługą inwestycji i projektów Egis, kierowanie projektami w razie konieczności, a także nadzór nad prawidłowością wykonywania umów dotyczących realizowanych przez Egis inwestycji i projektów w zakresie zleconym podwykonawcom. Tym samym już z umowy o współpracę wynika, ze Egis Polnad zamierza angażować się szerzej niż tylko przez udostępnienie potencjału kadrowego, szkoleń i doradztwa, a także pożyczek i innych form finansowania, w inwestycje realizowane przez Egis. Potwierdza ten fakt także aneks nr 1 z dnia 24 października 2014r. oraz aneks z dnia 29 października 2014r, których prawdziwości i zakresu odwołujący Getinsa nie kwestionował. Tym samym z dowodów tych wynika, że udostępnianie zasobów ekonomicznych pomiędzy Egis Poland i Egis jest praktyką tych przedsiębiorców wynikającą z ich zasad wzajemnej współpracy, zaś sposoby współpracy pomiędzy tymi przedsiębiorcami w zakresie udostępnienia zasobów ekonomicznych zwykle przyjmują pomiędzy tymi wykonawcami formy wskazane w §2 każdego z zawieranych aneksów. Formy te są opisane także w spornym aneksie datowanym na dzień 10 października 2014r. W ocenie Izby skoro zatem zobowiązanie Egis Poland załączone do oferty obejmowało udostępnienie zasobów ekonomicznych, a zobowiązanie było konsekwencją zawartej umowy o współpracy, to sposób ich udostępnienia został wykazany za pomocą aneksu datowanego na dzień 10 października 2014r., będącego ogólną praktyką Egis i Egis Poland przy udostępnianiu zasobów wynikającą z umowy o współpracę z dnia 1 sierpnia 2014r. Tym samym data

powstania aneksu nie ma w ocenie Izby znaczenia dla oceny realności sposobu przekazania zasobu na datę składania ofert, skoro wykazana została praktyka przedsiębiorców wynikają z umowy o współpracy, która została bezspornie zawarta przed datą składania ofert w niniejszym postępowaniu. Nadto Izba podziela stanowisko zamawiającego, że odwołujący Getinsa nie wykazał, że sporządzony aneks był antydatowany. W ocenie Izby sam fakt, że aneks datowany na dzień 10 października 2014r. nie ma numeru, a inny aneks ma taki numer i to pierwszy, nie jest wystarczającym dowodem antydatowania. W każdym z przedstawionych Izbie aneksów niezależnie od tego czy są opatrzone numerem czy nie w preambule jest wyraźnie wskazany kontrakt, którego aneks dotyczy. Tym samym Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego Egis, że aneksy były identyfikowane przez kontrakty, których dotyczyły, a nie przez kolejną numerację. W świetle powyższego Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust 2 pkt 3) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Egis, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania, jeśli złożył nieprawdziwe informacje mające lub

mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Przesłankami dla zastosowania sankcji wykluczenia z mocy tego przepisu jest zatem ustalenie, że informacja podana w dokumencie odbiega od rzeczywistego stanu faktycznego oraz to, że taka informacja ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby zarzut nie został przez odwołującego wykazany. Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego, że to odwołujący Getinsa był obowiązany udowodnić, że nie było możliwe, aby aneks datowany na dzień 10 października 2014r. powstał w tej dacie. Takiego dowodu nie przeprowadzono. Przystępujący Egis tezie odwołującego przeczył. Odwołujący nie kwestionował prawdziwości umowy o współpracę z dnia 1 sierpnia 2014r., ani daty jej powstania. Nie kwestionował także, iż Egis Poland w umowie o współpracę w szczególności w §2 części Ad D wskazała na szerokie zakres współpracy obu wykonawców przy realizacji inwestycji Egis. W ocenie Izby aneksy stanowiły doszczegółowienie form współpracy przy zarządzaniu inwestycjami w ramach poszczególnych inwestycji Egis. Brak jest zatem w ocenie Izby podstaw do przyjęcia, że w dacie składania ofert w niniejszym postępowaniu Egis i Egis Poland nie zawarły aneksu z dnia 10 października 2015r. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

63

Zarzut naruszenia przez zamawiającego z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Egis jako oferty najkorzystniejszej

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się zasadności zarzutów, które miały świadczyć o zaniechaniu zamawiającego w wykluczenia wykonawcy Egis czy odrzuceniu jego oferty, zaś przyznana Egis punktacja w ramach kryterium metodyka nie była przez odwołującego kwestionowana. W tym stanie rzeczy wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany przez zamawiającego bez naruszenia przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty TPF, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut oparty jest na tym, że zamawiający przy opisie sposobu kalkulacji poz. 1.4 formularza ofertowego użył liczby mnogiej „osób", „asystentów", co w ocenie odwołującego Getinsa świadczyło o tym, że dla tej pozycji wynagrodzenie należało kalkulować dla co najmniej 4 osób dla każdego z odcinków. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba ustaliła, że pomiędzy stronami nie było sporne użycie przez zamawiającego liczby mnogiej w zakresie słów wskazanych powyżej. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że sam ten fakt nie świadczy o tym, że przystępujący TPF niezgodnie z treścią siwz skalkulował pozycję 1.4. Izba oceniła, że użycie liczby mnogiej nie przesądziło jednoznacznie o ilości osób personelu biurowego i asystentów, gdyż z treści siwz nie da się ustalić minimalnych wymagań zamawiającego tak co do ilości osób jak i wymiaru czasu ich pracy. Brak jest także zakazu, że personel biurowy nie może również być asystentem, ani że wymiar czasu pracy pracownika biurowego i asystenta nie może być niższa niż wymiar pełnego etatu. Ponadto z oferty TPF nie wynika ile osób i w jakim wymiarze przystępujący przewidział do realizacji kontraktu, nadto zamawiający nie wymagał wskazania ilości osób i wymiaru ich zatrudnienia. Tym samym już choćby z tego względu teza odwołującego Getinsa o sprzeczności treści oferty z treścią siwz nie została wykazana, gdyż fakt przewidzenia wynagrodzenia minimalnego dla jednego pracownika zatrudnionego w pełnym wymiarze czasu pracy może świadczyć o uznaniu przez przystępującego za wystarczające zatrudnienia na poziomie oczekiwanych przez odwołującego Getinsa 4 osób, ale w wymiarze ćwierć etatu, albo zatrudnienia 2 osób na pół etatu przy założeniu, że personel biurowy może wykonywać funkcję asystent. Z uwagi na brak jednoznacznej w tym zakresie treści siwz brak jest możliwości stwierdzenia istnienia braku odpowiedniości treści oferty z wyraźną treścią siwz. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

64

Zarzut podniesiony z ostrożności procesowej - jeśli TPF nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu – naruszenia

przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania TPF do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut ten został wycofany pismem odwołującego z dnia 15 lipca 2015r. W konsekwencji zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ustawy, przez przyznanie ofercie odwołującego nieprawidłowej Ilości punktów w kryterium „Metodyka" z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w siwz, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów.

Zarzut jest spóźniony i jako taki nie podlegał rozpoznaniu. Izba podzieliła stanowisko przystępującego Egis uznając, że podniesienie zarzutu wadliwej oceny przez zamawiającego metodyki odwołującego Getinsa w tym kryterium, było podniesieniem zarzutu z naruszeniem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy. Art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy stanowi bowiem, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 27 lutego 2015r. Wówczas oferta odwołującego Getinsa nie była uznana za najkorzystniejszą i odwołujący wniósł odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 464/15 i w tamtym odwołaniu nie kwestionował przyznanej mu przez zamawiającego punktacji, co sam przyznał na rozprawie. Bezsporne jest także to, że został wówczas sklasyfikowany na trzeciej pozycji po wykonawcy wykluczonym obecnie Konsorcjum Mott i przystępującym Egis, zaś przed odwołującym/przystępującym TPF. Z dokumentacji postępowania wynika, że w kryterium 2.1 zamawiający przy dokonywaniu pierwotnej oceny przyznał odwołującemu Getinsa 2 punkty na 4 możliwe i obecnie w zakresie pkt. 2.1. ocena zamawiającego nie uległa zmianie, ani na korzyść, ani na niekorzyść odwołującego Getinsa. Tym samym datą kiedy odwołujący powziął wiadomość o czynności zamawiającego będącej podstawą odwołania był 27 luty 2015., a nie data dokonania ponownego wyboru ofert. W ocenie Izby w chwili wnoszenia pierwszego odwołania miał on zarówno interes jak i mógł potencjalnie ponieść szkodę w uzyskaniu zamówienia w związku z oceną przez zamawiającego jego oferty w kryterium

metodyka. Nie był bowiem wykonawcą wybranym, jego pozycji zagrażali tak konkurenci sklasyfikowani na wyższych pozycjach jak i ci sklasyfikowani na niższych pozycjach, który mogli i wnieśli własne odwołania. Tym samym odwołujący w dacie pierwotnego wyboru wiedział, że zamawiający nie ocenił go maksymalnie w kryterium 2.1, tym samym już wówczas dbając o zagwarantowanie sobie możliwości uzyskania zamówienia powinien był wnieść odwołanie. Odwołujący miał świadomość, że wyrok Izby wiąże zamawiającego i wykonawcę, który wniósł odwołanie i zamawiający może ale nie musi powtórzyć czynności także wobec innych wykonawców, którzy odwołań nie wnieśli. Tym samym nie odwołując się pierwotnie od oceny w kryterium metodyka, w ocenie Izby godził się z tym, że uzyska 36 punktów na 40 możliwych. Tym samym obecne kwestionowanie oceny w podkryterium 2.1. należy uznać za spóźnione, zwłaszcza wobec faktu, że odwołujący uzyskał dodatkowo 2 pkt. w wyniku ponownej oceny, co powoduje, że pierwotna niekwestionowana pozycja odwołującego Getinsa nie uległa pogorszeniu. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy.

Sygn. akt KIO 1433/15

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „wykonawca Egis") pomimo niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone powyżej przy rozstrzygnięciu analogicznego zarzutu w sprawie sygn. akt KIO 1426/15. Jednocześnie Izba oceniła jako niezasadną argumentację odwołującego TPF, co do braku

realności udostępnienia zasobu ekonomicznego z uwagi na bezskuteczność na gruncie cywilnoprawnym względem zamawiającego umowy o współpracy z dnia 1 sierpnia 2014r. i aneksu do tej umowy datowanego na dzień 10 października 2014r. W ocenie Izby słuszny jest natomiast pogląd przystępującego Egis, że essentialia negotii zobowiązania podmiotu udostępniającego zasób są regulowane na gruncie ustawy i przepisów wykonawczych do ustawy. Sam odwołujący TPF przyznaje w opinii Pana Prof. M., że instytucja umowy o współpracę i aneksu do tej umowy regulującego przyszłe warunki współuczestnictwa/współdziałania w wykonywaniu konkretnej umowy zawartej przez podmiot, któremu udostępniany jest zasób z podmiotem zamawiającym nie jest znana przepisom kodeksu cywilnego i może być jedynie oceniana co do skutków cywilnoprawnych przez pryzmat podobieństwa do nazwanych instytucji prawa cywilnego jak np. umowa przedwstępna. Izba uznała zatem, że rację ma przystępujący Egis, że ocena dostarczonego

przez niego zobowiązania, a także umowy o współpracę i aneksu do niej powinna być dokonana na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy i § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W ocenie Izby umowa o współpracy, aneks datowany na dzień 10 października 2015r. oraz zobowiązanie załączone do oferty są dokumentami, które łącznie wypełniają wymagania wynikające z pkt 2 § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdyż zobowiązanie określa zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, w przypadku zasobu ekonomicznego wskazanych wielkością przychodu osiąganego przez Egis Poland, umowa o współpracy określa charakter stosunków wiążących wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób, zaś aneks wskazuje na sposoby wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie Izby zobowiązania Egis Poland z aneksu datowanego na dzień 10 października 2014r. należy ocenić w sposób następujący:
Powierzanie umów w drodze podwykonawstwa na rzecz Egis wskazuje na sposób udostępnienia zasobu ekonomicznego, gdyż Egis może korzystać ze zdolności Egis Polnad w pozyskiwaniu kontraktów, a przez ich częściowe wykonanie budować swoją renomę wiarygodnego i stabilnego partnera przez zwiększenie przychodów własnych, zatem w ocenie Izby to jest sposób korzystania z zasobu ekonomicznego, choć nie na potrzeby realizacji tego konkretnego zamówienia,
Co do poręczenia za zobowiązania Egis Poland lub udzielenia stosownego zabezpieczenia dla banku lub ubezpieczyciela dającego Egis możliwość uzyskania gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej jako należytego zabezpieczenia wykonania umowy – w ocenie Izby również ten element wskazuje na sposób udostępnienia zasobu ekonomicznego, bo wbrew stanowisku odwołującego TPF, z tego zobowiązania nie wynika, że Egis Poland ma pozyskać dla Egis zabezpieczenie należytego wykonania umowy w pełnej wysokości, ale to że Egis Poland udzieli bankowi, czy ubezpieczycielowi wymaganych przez ten instytucje zabezpieczeń na potrzeby pozytywnego rozpoznania wniosku Egis o wydanie gwarancji bankowej; lub ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy. W ocenie Izby jest to właśnie sposób na przekazanie walorów ekonomicznych, bo gdyby nie wiadoma instytucjom bankowym czy ubezpieczeniowych sytuacja ekonomiczna Egis Poland, to bank czy ubezpieczyciel mogliby Egis odmówić przyznania gwarancji z uwagi na brak należytego zabezpieczenia takiej czynności bankowej czy ubezpieczeniowej. W ocenie Izby dowody w postaci opinii bankowych przedłożone przez Egis dla Egis i Egis Poland potwierdzają, że Egis Poland jest wiarygodnym poręczycielem dla zabezpieczenia czynności bankowych lub ubezpieczeniowych. W ocenie Izby ten właśnie element jest najbardziej przekonujący dla uznania, że wykonawca Egis ma realną możliwość skorzystania z zasobów Egis Poland. Również przekonujące było wskazanie jako sposobu przekazania zasobu potencjału

ekonomicznego udzielenie poręczenia, zwłaszcza, ze z mocy art. 881 kc poręczyciel odpowiada jak współdłużnik solidarny. W ocenie Izby czym innym jest zobowiązanie do zawarcia umowy poręczenia, a czym innym zawarcie takiej umowy. Aneks reguluje jedynie zobowiązanie do zawarcia umowy, stąd kwestia wysokości długu, za które zostanie udzielone poręczenie będące wykonaniem postanowień aneksu, nie ma znaczenia dla pozytywnej oceny możliwości udostępnienia zasobu ekonomicznego w drodze zobowiązania

się do poręczenia za dług wykonawcy. Izba nie podziela też zarzutu odwołującego TPF, że umowy te są świadczone nieodpłatnie, gdyż to, że w treści umowy o współprace nie zostało wskazane wynagrodzenie za poszczególne usługi nie oznacza, że umowa o współpracę jest nieodpłatna przeciwnie te kwestie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w załącznikach do umowy o współpracę – sam fakt takiego modelu określania wynagradzania w załącznikach jest jawny, gdyż wynika z pkt III w związku z pkt II.1. odtajnionej umowy o współpracę. Tym samym odwołanie się w § 2 ust. 1 aneksu do zasad wynagradzania z umowy o współpracę potwierdza odpłatny charakter aneksu.
Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 3) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Egis pomimo podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie tego zarzutu Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone powyżej w sprawie sygn. akt 1426/15 dodatkowo wskazując, że w ocenie Izby nawet gdyby przyjąć, że w jednej dacie nie mogły istnieć dwa zobowiązania do udostępnienia zasobów o różnych treściach, to w ocenie Izby ewentualna nieprawdziwa informacja o dacie zobowiązania załączonego do wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2015r. nie mogła mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, skoro przystępujący Egis załączył jednocześnie do wyjaśnień umowę o współpracy i aneks do niej, a przecież tylko o treść odnoszącą się do tych dwóch dokumentów różnią się oba zobowiązania. Tym samym w ocenie Izby zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zasługiwał na oddalenie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Egis pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący TPF

wskazywał, że czynu nieuczciwej konkurencji upatrywał w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w związku z art. 3 ust. 1 uznk. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (tzw. „zmowa przetargowa"). Odwołujący nie wykazał, że pomiędzy Egis i Egis Polnad zostało zawarte porozumienie innej treści niż ujawnione w postępowaniu odwoławczym, które uznaje za niedopuszczalne porozumienie ograniczające konkurencję. Jedynym argumentem jaki w tym zakresie odwołujący TPF podaje jest to, że ewentualne wykonywanie przez spółkę matkę za pomocą spółki córki zamówienia może prowadzić do sytuacji, w której grupa kapitałowa działając w celu ograniczenia konkurencji powoła wiele takich spółek, które dzięki udostępnianiu potencjału wyposaży w określone doświadczenie i dzięki temu zmultiplikuje swoje szanse uzyskiwania zamówień. W ocenie Izby taka sytuacja nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu, gdyż nie zostało wykazane, że w postępowaniu złożyli oferty także inni wykonawcy z grupy kapitałowej do której należą Egis i Egis Poland, zaś bezsporne jest, że to Egis złożył ofertę posiłkując się zasobami Egis Poland, która własnej oferty nie składała. Tym samym działanie ograniczające konkurencję wskazane przez odwołującego TPF nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto w ocenie Izby stan opisany przez odwołującego w ocenie Izby powinien być kwalifikowany pod normę art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy w związku z art. 24b i 26 ust. 2 d ustawy jako przesłanka wykluczenia wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej składają oferty, których złożenie może prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji, a nie mieszczą się w podstawie odrzucenia oferty określonej w art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy. W tym stanie rzeczy zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 2 ustawy przez nieprawidłową ocenę

oferty odwołującego w kryteriach oceny ofert i nieprzyznaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium Metodyka

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie zaś z ust. 2 tegoż przepisu kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne,

aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Odnosząc się do zarzutu braku dokonania indywidualnej oceny przez członków komisji przetargowej zamawiającego, to w ocenie Izby zarzut ten jest bezzasadny. W ocenie Izby zbieżności w użytych sformułowaniach biorą się z wytycznych poczynionych przez Izbę w wyroku z dnia 30 marca 2015r., w którym Izba dość ściśle wskazała, jakie uzasadnienie oceny powinno być dokonane przez członków komisji przetargowej, tak aby było ono zgodne z postanowieniami siwz. Zdaniem Izby zamawiający ściśle się do tych wytycznych zastosował. Nadto Izba ustaliła, ze wbrew twierdzeniom odwołującego ocena wyrażona przez poszczególnych członków komisji nie jest identyczna. Różnią się argumenty, powołanie podstawy umownej, zakresu siwz, czy szyk zdania. Nadto notatka służbowa komisji przetargowej wskazuje, że ocena następowała w sposób indywidualny. W ocenie Izby nie można wykluczyć pewnego wpływu na członków komisji przetargowej poprzedniej oceny w szczególności, co do argumentacji odmawiającej przyznania punktu, to samym w ocenie Izby wbrew twierdzeniom odwołującego pewna zbieżność argumentacji nie jest dostatecznym dowodem na brak indywidualnej oceny przez członków komisji przetargowej.
Co do podkryterium 1.2.2 działanie 2 i 4 to w ocenie Izby uzasadnienie odmowy przyznania punktów jest zgodne z wytycznymi Izby wskazanymi w wyroku Izby z dnia 30 marca 2015r.
Co do podkryterium 1.2.2 działanie 5, to Izba wskazuje, że podkryterium to dotyczyło opisu działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w PFU lub dokumentacji projektowej, natomiast w uzasadnieniu jedynie pierwszy tiret się do tego podkryterium odnosi, ale nie dotyczy działań w przypadku wykrycia błędów w PFU, ale działań podejmowanych przez wykonawcę w innym momencie, stąd Izba podziela ocenę komisji przetargowej.
Odnośnie podkryterium 2.1 działanie 1 i 4, to wbrew stanowisku odwołującego TPF ocena jest zgodna z wyrokiem z dnia 30 marca 2015r, gdzie Izba wyraźnie oceniła „działanie *wpłynie pozytywnie na morale personelu, ale nie ma wpływu na zapewnienie stałości zatrudnienia – ocena zamawiającego zgodna z siwz w pierwszym przypadku należy uznać,* że *działanie nie zawiera uzasadnienia, a w drugim,* że *nie jest adekwatne do osiągnięcia celu w danym podkryterium."* (Izba z uwagi na zastrzeżoną tajemnicę nie wskazuje wprost, które z użytych ocen ma odniesienie do metodyki odwołującego TPF).
Również co do podkryterium 2.1. działanie 6 Izba uznała, że zamawiający prawidłowo i zgodnie z wytycznymi Izby dokonał oceny metodyki w tym zakresie. Odwołujący powoływał się na to, że Izba w wyroku z dnia 30 marca 2015r. stwierdziła m. in., że pierwotna ocena zamawiającego, iż „to *nie jest propozycja dodatkowego działania, a raczej wewnętrzny sposób organizacji pracy konsultanta – ocena niezgodna z siwz zwłaszcza,* że *w podkryterium 2 celem całego podkryterium było zapewnienie przez konsultanta organizacji pracy zespołu",* natomiast Izba zwraca uwagę odwołującego, że to sformułowanie w ocenach

zamawiającego nie dotyczyło wyłącznie oferty odwołującego, stąd poza oceną Izby zawartą w poprzednim wyroku konieczne było wykazanie, że uzasadnienie zaproponowanego działania wskazuje, że wykonawca zapewnia realizację celu, jakim w tym kryterium była niezmienność składu personalnego wykonawcy. W ocenie Izby zamawiający podał prawidłową ocenę, gdyż taki cel nie został przez odwołującego TPF uzasadniony. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust.1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(„UZNK") przez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Egis pismem z dnia 20 kwietnia 2015r.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Z ust. 2 art. 8 ustawy wynika, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Art. 8 ust. 3 ustawy przewiduje wyjątek od zasady jawności stanowiąc „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio." W myśl art. 96 ust. 3 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK, który wśród stron i uczestników postępowania nie budził wątpliwości interpretacyjnych zastrzegana informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub mieć wartość gospodarczą, a w stosunku do takiej informacji wykonawca musi wykazać, że podjął czynności zmierzające do zachowania jej w poufności.
Jak ustaliła wyżej Izba informacje, których skuteczność zastrzeżenia zamawiający uznał za prawidłową są informacjami mającymi wartość gospodarczą, a w ocenie Izby przystępujący Egis wykazał, że podjął czynności zmierzające do zachowania ich w poufności. Tym samym są to informacje, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, zatem zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 8 ust. 2 ustawy zamawiający miał prawo odmówić dostępu do tych informacji. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołujących kosztami postępowania w postaci uiszczonych wpisów od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując odwołującym zwrot kosztów zastępstwa prawnego zamawiającemu, zgodnie z jego żądaniem przedstawionym na rozprawie potwierdzonym złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: ……