

Sygn. akt: KIO 250/15

WYROK
z dnia 24 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 lutego 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa i Mott MacDonald Limited Croydon, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Surrey CR0 2EE, Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **ECMG GmbH ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń, Austria oraz SGS Polska Sp. z o.o. ul. Bema 83, 01-233 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Mott MacDonald Limited, ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa i Mott MacDonald Limited Croydon, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Surrey CR0 2EE, Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa i Mott MacDonald Limited Croydon, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Surrey CR0 2EE, Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego - Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Bydgoszczy w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp). Przedmiotem zamówienia jest usługa - "Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem: Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap 1 od DK 15 do DK 25." Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - Mott MacDonald Polską sp. z o.o. z Warszawy [lider] oraz Mott MacDonald Limited Croydon, Mott MacDonald House, z Wielkiej Brytanii, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited sp. z o.o. Oddział w Polsce z Warszawy [Odwołujący lub Konsorcjum Mott MacDonald] w odwołaniu podnieśli zarzut niewykonania przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2344/14 w zakresie, w jakim dokonując ponownie wyboru oferty najkorzystniejszej, nie uwzględnił powołanych w wyroku okoliczności, dotyczących oferty wykonawcy ECMG, w tym nie uwzględnił zobowiązania do przeprowadzenia postępowania zgodnie z procedurą przewidzianą w Pzp. Podniesiono również zarzut nieuprawnionego wyboru oferty wykonawcy ECMG, jako najkorzystniejszej, a także zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania ECMG, względnie odrzucenia oferty tego Konsorcjum, oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego. Wskazując na powyższe wnoszący odwołanie wskazał na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, albowiem uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumenty przez tego wykonawcę nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie potwierdzają zobowiązań podmiotów, na zasobach których ECMG polega, do oddania niezbędnych zasobów oraz na naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3) Pzp z uwagi na złożenie przez to konsorcjum nieprawdziwych informacji w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których ECMG polega na zasadzie określonej w art. 26 ust. 2b, mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Także na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, albowiem zdaniem Odwołującego, z okoliczności ujawnionych w niniejszym postępowaniu, w szczególności okoliczności powołanych w wyroku KIO, wynika, iż oferta ECMG nie odpowiada warunkom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w odniesieniu do kalkulacji cenowej pozycji specjalista ds. promocji. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i badania ofert, w tym unieważnienia wyboru oferty ECMG, jako oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenia ECMG z postępowania, względnie odrzucenia oferty tego

Konsorcjum. Podał także, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, albowiem uwzględnienie odwołania i wykluczenie lub odrzucenie oferty Konsorcjum ECMG (...) pozwoliłoby Odwołującemu uzyskać zamówienie, albowiem złożył najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Odwołujący w uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów w szczególności podał, że w dniu 7.11.2014 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym czynności i zaniechań dotyczących oferty ECMG, w którym postawił Zamawiającemu szereg zarzutów, w tym m.in. zarzuty wobec konsorcjum ECMG, dotyczące niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z przedstawieniem i uzupełnieniem wadliwych dokumentów dotyczących podmiotów, na zasobach których polegało to konsorcjum. Podniesiono także zarzuty w zakresie cen jednostkowych wobec oferty wykonawcy ECMG, oraz TPF sp. z o.o. i Safege SAS - zarzut złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz oferty Transprojekt Gdański sp. z o.o.- zarzut złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz zarzut niezgodności oferty z SIWZ. W ocenie Odwołującego, ceny zaoferowane przez ECMG, TPF sp. z o.o. oraz Safege SAS były zaniżone, a dodatkowo Transprojekt Gdański sp. z o.o., zaproponował niezgodnie ze specyfikacją cenę jednostkową dla pozycji specjalisty ds. promocji z uwagi na przeniesienie części kosztów, do innych pozycji w formularzu ofertowym, co zostało potwierdzone przez Transprojekt Gdański sp. z o.o. w wyjaśnieniach treści oferty. Podkreślił, że na dzień wniesienia odwołania, Odwołujący nie miał informacji o niezgodnym z SIWZ przenoszeniu kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu przez innych wykonawców niż Transprojekt Gdański sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie w zakresie oferty złożonej przez ECMG oraz oferty złożonej przez Transprojekt Gdański sp. z o.o., w wyroku nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Transprojekt Gdański sp. z o.o. Dodatkowo Izba określiła w uzasadnieniu wyroku sposób wykonania nakazu w odniesieniu do ECMG uznając, iż "Z powyższych powodów zamawiający nie mógł uznać oferty konsorcjum ECMG za najkorzystniejszą, zobowiązany jest więc unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i kontynuować postępowanie zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych." Pismem z dnia 15.01.2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Pismem z 20.01.2015 r. Zamawiający zwrócił się do konsorcjum ECMG w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów, żądając udowodnienia, iż ECMG spełnia warunki udziału w postępowaniu. W odpowiedzi ECMG w dniu 26.01.2015 r. uzupełniło dokumenty w celu potwierdzenia przez to

konsorcjum spełniania warunków opisanych w pkt 7.2.2. Instrukcji dla wykonawców (IDW). Powtórным Zawiadomieniem, Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty ECMG jako oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego dokumenty uzupełnione przez ECMG w dniu 26.01.2015 r. świadczą o złożeniu przez to konsorcjum nieprawdziwych informacji, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp w odniesieniu do innych podmiotów, na zasobach których ECMG polega, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania oraz nie potwierdzają, iż konsorcjum ECMG spełniło warunek udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zasada przedstawiania prawidłowych dokumentów w terminie składania ofert, a przepis art. 26 ust. 3 Pzp powinien mieć charakter wyjątkowy, albowiem ratio legis tego przepisu sprowadza się do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów oraz nie może służyć, jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca zwrócił uwagę, że tym postępowaniu, Zamawiający po raz pierwszy skierował do ECMG wezwanie do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 1.10.2014 r. Na powyższe wezwanie ECMG odpowiedziało 7.10.2014 r., załączając m.in. dokument zobowiązania podmiotu trzeciego SGS Tecnos S.A. z dnia 17.06.2014 r. Jak wynika z dokumentów przedstawionych przez ECMG w dniu 26.01.2015 r., wykonawca ten zarówno w dacie złożenia oferty (23.07.2014 r.), jak i w dacie pierwszego wezwania przez Zamawiającego w dniu 1.10.2014 r., dysponował - w jego ocenie - prawidłowymi dokumentami dotyczącymi podmiotów, na zasobach których ECMG miało polegać na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że wszystkie dokumenty przedłożone przez ECMG w dniu 26.01.2015 r. są dokumentami sprzed daty sporządzenia oferty, a także sprzed daty pierwszego wezwania przez Zamawiającego. Zatem ECMG dysponowało tymi dokumentami w dniu pierwszego wezwania przez Zamawiającego w dniu 1.10.2014 r. i mogło je przedstawić w ramach uzupełnienia. Zdaniem wykonawcy "Nie załączając pierwotnie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezbędnych dokumentów wykonawca, jako profesjonalista w obrocie gospodarczym, przyjął na siebie ryzyko, że w przypadku uzupełnienia dokumentów będzie zobowiązany złożyć dokumenty prawidłowe, w innym wypadku bowiem będzie podlegał wykluczeniu z postępowania".

Odnosnie zarzutu nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz treść uzupełnionych dokumentów Odwołujący wskazał, że w ramach odpowiedzi na pierwsze wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp konsorcjum ECMG w dniu 7.10.2014 r. oświadczyło Zamawiającemu, iż "Firma ECMG GmbH będzie wykonywać samodzielnie wszelkie czynności względem Zamawiającego dotyczące realizacji niniejszego zamówienia, nie zlecając ich do samodzielnego wykonania firmom SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic (firmom użyczającym zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia). Firmy te nie będą bezpośrednio wykonywały żadnych czynności związanych z realizacją zamówienia, a wszelkie opinie oraz analizy wynikające z usługi konsultingowej będą wsparciem merytorycznym podczas czynności i decyzji podejmowanych samodzielnie przez Wykonawcę w trakcie realizacji usługi. Zgodnie ze złożonymi w ofercie oświadczeniami o udostępnieniu zasobów, ani SGS Tecnos S.A. ani SGS Czech Republic nie będą brać bezpośrednio udziału w realizacji przedmiotowej umowy jako podwykonawcy", podczas gdy z dokumentów przedstawionych przez to konsorcjum w dniu 26.1.2015 r. wynika, iż ECMG co najmniej 18.06.2014 r., a więc przed dniem udzielania powyższych wyjaśnień Zamawiającemu, otrzymało zobowiązania ww. podmiotów, które są sprzeczne z udzielonymi wyjaśnieniami. Odwołujący stwierdził, że wszystkie uzupełnione przez konsorcjum ECMG dokumenty w dniu 26.01.2015 r. są datowane na dzień przed składaniem ofert, w tym na dzień przed datą sporządzenia oferty przez konsorcjum ECMG. W ocenie Odwołującego oznacza to, iż co najmniej na dzień sporządzania oferty przez ECMG, konsorcjum to miało wiedzę o dokumentach i zobowiązaniach z nich płynących. Wskazał na Formularz 3.2. Wykaz wykonanych głównych usług z dnia 23.07.2014 r. (na marginesie Odwołujący zauważył, iż data uzupełnionego wykazu jest tożsama z pierwotnym wykazem wykonanych głównych usług, załączonym do oferty ECMG) oraz na zobowiązanie SGS Tecnos S.A. z i SGS Czech Republic s.r.o. z 18.06.2014 r., z wyraźnym oświadczeniem podmiotów do wzięcia udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Wskazał także na zobowiązanie ECM Group Polska S.A. z 21.07.2014 r. Powyższe w ocenie Odwołującego, wskazuje na nieprawdziwe informacje, wprowadzające Zamawiającego w błąd, przez co ich złożenie mogło mieć wpływ (i miało) na wynik postępowania. Odpowiedź ECMG na pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 1.10.2014 r. stoi w wyraźnej sprzeczności z treścią dokumentów, które ECMG posiadało lub mogło posiadać na dzień tego wezwania, a tym samym dokumentów, które mogły być przedstawione w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia lub też załączone do oferty. Tym samym dokumenty złożone przez ECMG w dniu 26.01.2015 r. zostały błędnie przedstawione jako aktualne, czym wprowadzają Zamawiającego w błąd. Podniósł także, że ECMG pismem z dnia 7.10.2014 r., udzielającym wyjaśnień oświadczył Zamawiającemu, iż "Firma ECMG GmbH będzie wykonywać samodzielnie wszelkie czynności względem Zamawiającego dotyczące

realizacji zamówienia (...)", co stanowi potwierdzenie przez ECMG, iż zobowiązania podmiotów, na zasobach których miałyby polegać ECMG, przedstawione Zamawiającemu w dniu 26.01.2015 r. są nieaktualne. W tym zakresie należy więc uznać, iż ECMG nie udowodniło Zamawiającemu, iż spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odnosnie zarzutu wyboru oferty ECMG z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp stwierdził, że czynności w zaskarżonym zakresie dotyczą niezgodności oferty Konsorcjum ECMG z SIWZ w kwestii cen jednostkowych "dniówki" dla specjalisty ds. promocji, Zawiadomienie stanowi pierwszą czynność Zamawiającego dokonaną po ujawnieniu nowych okoliczności w zakresie kalkulacji cenowej tej pozycji przez ECMG i niezgodnego z SIWZ przeniesienia kosztów tego specjalisty do innych pozycji cenowych formularza oferty, które to okoliczności zostały potwierdzone przez Zamawiającego oraz także ECMG w toku postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą KIO 2344/14. Podniósł także, że wybór oferty ECMG, jako oferty najkorzystniejszej nie uwzględnia okoliczności oraz rozstrzygnięcia zapadłego w wyroku 2344/14, a tym samym nie uwzględnia dyspozycji Izby w zakresie powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert. Zdaniem wykonawcy, mając na uwadze wydane rozstrzygnięcie, oferta ECMG nie odpowiada postanowieniom SIWZ, w szczególności pkt 10.4 IDW, z tych samych przyczyn, z których odrzuceniu podlegała oferta Transprojekt Gdański sp. z o.o. Podkreślił, że „Osia sporu postępowania odwoławczego zakończonego Wyrokiem, w odniesieniu do ceny jednostkowej "dniówki" dla specjalisty ds. promocji, była interpretacja postanowień pkt 10.4 IDW: "Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące". Z informacji dostępnych Odwołującemu w momencie wnoszenia pierwszego odwołania zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ mógł być postawiony wyłącznie w odniesieniu do Transprojekt Gdański sp. z o.o. (wykonawca ten w wyjaśnieniach treści oferty potwierdził wprost, iż nie uwzględnił wszystkich kosztów dla pozycji specjalista ds. promocji). Odwołujący takiej informacji w odniesieniu do pozostałych wykonawców, w tym ECMG, o rzekomej niezgodności ich ofert z SIWZ nie posiada. Dalej podał, że (...) W odniesieniu do wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w Wyroku: "Nie chodzi bowiem o to, że specjalista ds. promocji będzie otrzymywał tak niskie wynagrodzenie (w granicach 600 - 1200 zł brutto), lecz że koszt jego wynagrodzenia częściowo został przeniesiony do innych pozycji formularza cenowego, co było niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) „Wykonawca zatem przyznał wprost, że w poz. 3.5. formularza cenowego dotyczącej ceny jednostkowej za pracę specjalisty ds. promocji nie ujął Całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej

jednostce czasu** , co było wymagane punktem 10.4 IDW. Zatem oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Punkt 10.4 IDW był jasny, zrozumiały i jednoznaczny. Przy tym nie była to niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jedynie formalna' gdyż zamawiający przewidział niejako kosztorysowe wynagrodzenie za pracę specjalistów tj. wysokość wynagrodzenia realnie wypłaconego będzie uzależniona od liczby przepracowanych dniówek (str. 12 uzasadnienia Wyroku)". W ocenie Odwołującego, z nowych okoliczności ujawnionych w toku postępowania odwoławczego zakończonych Wyrokami dotyczącymi sposobu kalkulacji pozycji cenowej dla specjalisty ds. promocji przez innych wykonawców, w tym ECMG wynika jasno, iż sposób kalkulacji pozycji cenowej dla specjalisty ds. promocji przez tego ECMG jest tożsamy ze sposobem kalkulacji dokonanym przez Transprojekt Gdański sp. z o.o., a zatem niezgodny z SIWZ i Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia tej oferty. Zwrócił również uwagę, iż oferty ECMG i Transprojekt Gdański sp. z o.o. w zakresie kalkulacji pozycji cenowej - specjalista ds. promocji zawierają tożsame uchybienie polegające na przeniesieniu kosztu jego wynagrodzenia do innych pozycji formularza cenowego. Dlatego też w ocenie Mott MacDonald powyższe oznacza, iż bez względu na formalne objęcie bądź nie, innych niż Transprojekt Gdański Sp. z o.o. wykonawców sentencją wyroku, obowiązek Zamawiającego do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z SIWZ materializuje się w odniesieniu do każdego z wykonawców, który dopuścił się niezgodnej z SIWZ kalkulacji pozycji ofertowej. Czynności dokonane przez Zamawiającego bez uwzględnienia tych okoliczności stanowiły naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i nie odpowiadały przepisom art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH z Austrii oraz SGS Polska Sp. z o.o. z Warszawy [wykonawca ECMG lub Konsorcjum ECMG] wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości w szczególności stwierdził, że Wyrokiem KIO został zobligowany do powtórzenia czynności badania ofert, gdyż konsorcjum ECMG uznano za niespełniające wymaganego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba stwierdziła bowiem, że sposób przekazania wiedzy i doświadczenia w zobowiązaniach podmiotu trzeciego o udostępnianiu zasobu - wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, konsultacji jest niewystarczający, podnosząc w szczególności, że SGS Czech Republic s.r.o. i SGS Tecnos S.A, nie są do niczego

konkretnego zobowiązane względem Konsorcjum ECMG. W wykonaniu wyroku wykonawca ECMG w dniu 20.01.2015 r. został wezwany do złożenia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i taki Wykaz – nowy oraz nowe zobowiązania o udostępnieniu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia Konsorcjum ECMG przy piśmie z dnia 26.01.2015 r. złożyło. Były to zobowiązania trzech spółek należących do tych samych grup kapitałowych, co partnerzy Konsorcjum ECMG: ECM Group Polska S.A. (pierwotnie Wykonawca nie powoływał się na zasoby tego podmiotu), SGS Czech Republic s.r.o, oraz SGS Tecnos S.A. Wskazując na orzecznictwo ETS i Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że możliwość powołania się na zasoby innego podmiotu została w dyrektywie uzależniona od zaistnienia tzw. stosownych Sytuacji i należy ją odnosić zawsze do konkretnego zamówienia. W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE należy przyjąć, że owa „stosowna sytuacja” zachodzi np. w przypadku istnienia powiązań kapitałowych podmiotów czy oceny zdolności spółki matki holdingu, gdy można uwzględnić również zasoby i zdolności jej spółek córek (wyrok TSUE w sprawie C-5/97 Ballas. Nedam Groep IVIV v. państwo belgijskie, ECR 1997, s. 1-7549; wyrok KTO z 7,11.2011 r., KIO 2255/1. 1; KIO 2260/11; KTO 2283/11). Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Dodatkowo zwrócił uwagę, że nowy Wykaz wykonanych głównych usług i załączone do niego zobowiązania ww. podmiotów potwierdzają warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia dwukrotnie - zarówno przez zasoby ECM Group Polska S.A., jak i przez zasoby SGS Czech Republic s.r.o. i SGS Tecnos S.A. Potwierdzenie spełniania postawionego warunku za pomocą przedstawionych w wykazie zasobów nowego podmiotu ECM Group Polska S.A. nie zostało podważone przez Odwołującego. Przedmiotem odwołania jest jedynie okoliczność posiadania przez Konsorcjum ECMG kilku zobowiązań o udostępnieniu zasobów, które zostały wystawione przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający podkreślił, że powodem pierwszego wezwania z dnia 01.10.2014 r. do uzupełnienia w zakresie pisemnego zobowiązania innego podmiotu (SGS Tecnos S.A.) na zasobach, którego Konsorcjum ECMG polegał dla spełniania warunku wiedzy i doświadczenia był jedynie błąd formalny - błędne wskazanie Oddziału GDDKiA w Olsztynie, jako prowadzącego postępowanie. Ponadto to wezwanie nie dotyczyło treści merytorycznej dokumentu, a uzupełnienia o oświadczenie, co braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp - w odniesieniu do Wykonawców SGS Tecrios S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o potwierdzającego, że podmiot, który zobowiązuje się wobec wykonawcy do udostępnienia wiedzy i doświadczenia musi jednocześnie zapewnić swój udział w realizacji zamówienia dla zagwarantowania rzeczywistego przekazania posiadanych zasobów. Oba podmioty złożyły oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, przyznając tym samym, że zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobu ~

wiedzy i doświadczeniu w formie doradztwa, konsultacji jest równoznaczne z udziałem tych podmiotów w realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał również na wyjątkowy – jego zdaniem - charakter niniejszego sporu. Konsorcjum ECMG w 2014 r. ubiegało się o uzyskanie kilku zamówień na zarządzane kontraktami budowlanymi ogłoszonymi przez Zamawiającego (w jego różnych Oddziałach). W złożonych ofertach w zakresie wiedzy i doświadczenia posługiwało się zasobami spółek SGS Czech Republic s.r.o, i SGS Tecnos S.A. w analogiczny sposób, jak w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu. Prawdopodobność i realność potwierdzenia udostępnienia tymi zasobami była m.in.. przedmiotem oceny Prezesa UZO i uznana za poprawną w trakcie Kontroli Uprzedniej UZP/DKUU/KU/ł 27/14 z dnia 06. 10.2014 r. Powołując się także na publikację podniósł, że „Użyte w treści zobowiązań sformułowanie o „nieuczestniczeniu bezpośrednim w realizacji umowy w charakterze podwykonawcy”, Zamawiający ocenił z uwzględnieniem argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu pisma wzywającego wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń, które zaczerpnął z publikacji PARP pt. „Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP”, i uznał, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zadania niekoniecznie musi przybrać formę podwykonawstwa (tak-jak określiły to podmioty udostępniające zasoby), ale może być realizowane w innych formach, które nie są uznawane za formę podwykonawstwa, np. doradztwo i konsultacja, tak jak wskazały w treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów podmioty trzecie. W przytoczonym fragmencie publikacji wskazano, że „przekazanie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, konsultingu jednoznacznie, oznacza udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia”. Powyższego nie przekreśla użyte w treści zobowiązania określenie formy udostępnienia, a fakt uzupełniania oświadczenia podmiotów trzecich w zakresie dotyczącym braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust 1 ustawy Pzp, potwierdza udział podmiotów udostępniających w realizacji zamówienia, a tym samym wskazanie na realne dysponowanie, przez wykonawcę udostępnianymi mu zasobami. Reasumując stwierdził, że ocenił realność udostępnienia potencjału podmiotów trzecich na podstawie treści zobowiązań załączonych do oferty (w szczególności zobowiązania się podmiotów trzecich do podpisania umowy z Wykonawcą na usługi konsultingowe regulującej zasady realizacji zobowiązań wynikających ze złożonych Zobowiązań) oraz oświadczeń, które Wykonawca uzupełnił w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, (a które należy złożyć w przypadku gdy podmioty trzecie będą brały udział w realizacji części zamówienia)”. Zamawiający nie uznał tego działania Konsorcjum ECMG za poświadczenie nieprawdy i w szczególności stwierdził, że zarzut złożenia nieprawdziwych informacji Odwołujący opiera na fakcie, iż wykonawca, który w tej samej dacie posiada dwa różne zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, w których został przedstawiony odmienny sposób wykorzystania zasobów tego podmiotu i

wskazany odmienny charakter stosunku, który będzie w przyszłości łączył wykonawcę z tym podmiotem i nie przedstawił Zamawiającemu obu tych zobowiązań w tym samym czasie. To ma świadczyć o tym, że mamy do czynienia z informacjami nieprawdziwymi, wprowadzającymi Zamawiającego w błąd, przez co ich złożenie mogło mieć wpływ (i miało) na wynik postępowania. Ponownie podniósł, że w niniejszym przypadku (...) mamy do czynienia z wykonawcą od kilku lat współpracującym z podmiotem, który w różnych postępowaniach udostępnia swój zasób wiedzy i doświadczenia. Biorąc pod uwagę zmieniające się orzecznictwo i piśmiennictwo w zakresie udowodnienia realności przekazywania tego zasobu nie jest niczym nadzwyczajnym i nie powinno być poddawane w wątpliwość, iż przed terminem składania ofert wykonawca i podmioty trzecie należące do tej samej grupy kapitałowej mogły czynić różne ustalenia w tym zakresie. Złożone oświadczenia, co do prawdziwości których Zamawiający nie ma zastrzeżeń, stanowią w jego ocenie rzeczywisty obraz ustaleń stron przed terminem składania ofert. Wybór, które zobowiązanie wykonawca przedstawi Zamawiającemu w ofercie, był zapewne wynikiem oceny przez konsorcjum ECMG ryzyka i prawdopodobieństwa pozytywnej oceny dokumentów w trakcie badania ofert. Zawarte w zobowiązaniach zasady współpracy pomiędzy Konsorcjum ECMG i podmiotami udostępniającymi zasoby wskazują, że podmioty te dopuszczają różne formy współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia oraz, że temat ten był analizowany przez podmioty na etapie przygotowania oferty. Od formy doradztwa i konsultingu do formy podwykonawstwa. Co więcej, taki dialog pomiędzy wykonawcą a podmiotami trzecimi, zdaniem Zamawiającego świadczy o rzeczywistym powiązaniu tych podmiotów, o rozważaniu wicju wariantów tej współpracy i chęci znalezienia optymalnego rozwiązania. Trudno inaczej sobie wytłumaczyć, powody, dla których podmioty z jednej grupy kapitałowej, ale z innych krajów godziłyby się na składanie kilku oświadczeń o różnej treści jak faktem, otwartości tych podmiotów na każdą formę współpracy, aby wspólnie realizować zamówienie. W żadnym przypadku w ocenie Zamawiającego nie świadczy to o tym, że podawane informacje były nieprawdziwe. Zarzut ten oparty jest na wadliwym domniemaniu i nie został w żaden sposób przez Odwołującego uzasadniony i udowodniony.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający przede wszystkim stwierdził, że rzeczywiście Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty Transprojekt Gdański sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, jednakże faktycznym uzasadnieniem nie było niskie wynagrodzenie specjalisty ds. promocji, a oświadczenie tego wykonawcy, na które wskazała Izba w wyroku zgodnie z którym wykonawca przyznał wprost, że w poz. 3.5 formularza cenowego, dotyczącej ceny jednostkowej za pracę specjalisty ds. promocji nic ujął całkowitego kosztu wykonania danej

pozycji w przyjętej jednostce czasu, co było wymagane punktem 10.4 IDW. Tym samym oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, przy czym była to niezgodność ze specyfikacją jedynie formalna, gdyż zamawiający przewidział kosztorysowe wynagrodzenie za pracę specjalistów - wysokość wynagrodzenia realnie wypłaconego ma być uzależniona od liczby przepracowanych dniówek (str 12 uzasadnienia Wyroku). Zamawiający podkreślił, że podobnego oświadczenia, ani w składanych wyjaśnieniach, ani w trakcie rozprawy przed Izbą nigdy nie złożył wykonawca Konsorcjum ECMG. Zatem nieuprawnionym i niepopartym żadnymi dowodami jest twierdzenie Odwołującego o nowych okolicznościach ujawnionych w toku postępowania odwoławczego zakończonych Wyrokiem dotyczących sposobu kalkulacji pozycji cenowej dla specjalisty ds. promocji przez innych wykonawców. Z żadnych okoliczności zaistniałych w toku poprzedniej rozprawy nie wynika, iż sposób kalkulacji pozycji cenowej dla specjalisty ds. promocji przyjęty przez Konsorcjum ECMG był tożsamy ze sposobem kalkulacji dokonany przez Transprojekt Gdański sp. z o.o. Jego zdaniem, nie ma żadnych podstaw taktycznych do twierdzenia, że oferty Konsorcjum ECMG i Transprojekt Gdański sp. z o.o. w zakresie kalkulacji pozycji cenowej - specjalista ds. promocji zawierają tożsame uchybienie polegające na przeniesieniu kosztu jego wynagrodzenia do innych pozycji formularza cenowego. Wskazał również, że badanie zarzutu w zakresie określenia przez Konsorcjum ECMG ceny jednostkowej w pozycji specjalista ds. promocji na poziomie 55 zł był przedmiotem oceny. Wskazał także na ograniczenia pod rygorem odrzucenia oferty z punktu 10.5 IDW [obowiązek umieszczenia wyceny Dniówki dla specjalisty ds. promocji w Pozycji nr 3 Działania promocyjne i nakaz, aby wynagrodzenie za tę pozycję było nie większe niż 2 % ceny oferty], które mogły spowodować, że wykonawcy, którym Odwołujący postawił zarzuty określili wynagrodzenie specjalisty ds. promocji na poziomie Dniówki: 30, 35, 45, 55 PLN, obawiając się, że podnosząc wynagrodzenie dla tego specjalisty musieliby przekroczyć ustalony przez Zamawiającego limit cenowy. Reasumując stwierdził, że złożone przez Konsorcjum ECMG, zarówno w toku rozprawy, jak i wyjaśnieniach z dnia 20.08.2014 r. informacje odnosiły się do obiektywnych indywidualnych dla tego wykonawcy czynników mających wpływ na ceny jednostkowe podane w ofercie, a żadne z wyjaśnień nie zawierało oświadczenia wskazującego, że sposób kalkulacji przez Konsorcjum ECMG pozycji cenowej dla specjalisty ds. promocji był tożsamy ze sposobem kalkulacji dokonany przez Transprojekt Gdański sp. z o.o.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia w tym postępowanie jest usługa o nazwie "Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem: Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap 1 od DK 15 do DK 25."

W odwołaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Mott MacDonald Polska sp. z o.o. z Warszawy [lider] oraz Mott MacDonald Limited Croydon, Mott MacDonald House, z Wielkiej Brytanii, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited sp. z o.o. Oddział w Polsce z Warszawy [Odwołujący lub Konsorcjum Mott MacDonald] - podnieśli zarzuty wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [Przystępujący lub Konsorcjum ECMG], stwierdzając niewykonanie przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2344/14 oraz, wskazując na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 tej ustawy. Zdaniem Odwołującego dokumenty uzupełnione przez Konsorcjum ECMG na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowania, w szczególności przedłożone zobowiązania nie potwierdzają, że Konsorcjum będzie dysponowało zasobami podmiotów trzecich na których się powołuje oraz, że Konsorcjum ECMG w odniesieniu do podmiotów na zasobach których polega, złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik tego postępowania. Odnośnie ostatniego z zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, zdaniem Odwołującego, z okoliczności ujawnionych w niniejszym postępowaniu, w szczególności okoliczności powołanych w wyroku KIO, wynika, iż oferta ECMG nie odpowiada warunkom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w odniesieniu do kalkulacji cenowej pozycji specjalista ds. promocji, albowiem Konsorcjum naruszyło wymaganie z punktu 10.4 Instrukcji dla wykonawców.

Izba ustaliła, że Konsorcjum ECMG dla potwierdzenia warunku w zakresie punktu 7.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] w ofercie złożonej w wyznaczonym terminie w dniu 27.07.2014 r. przedłożyło zobowiązania z datą 17.06.2014 r. dwóch podmiotów - SGS Czech Republic s.r.o. z dnia 18.06.2014 r. i SGS Tecnos S.A., a w Wykazie wykonanych głównych usług [pkt 3.2] powołało się na zamówienia realizowane przez tych wykonawców. W Formularzu oferty w jego punkcie 7 wykonawca ECMG podał również, że zamówienie w zakresie nadzoru inwestorskiego zrealizuje przy udziale podwykonawców, a w punkcie 8, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie

podwykonawcą. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 12.08.2014 r. Konsorcjum ECMG przedłożyło w piśmie z dnia 20.08.2014 r. [zastrzeżonym, jako tajemnica przedsiębiorstwa] m.in. żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, co do kalkulacji ceny, w tym kosztów „dniówki” ekspertów, podkreślając jej zgodność z wymaganiami specyfikacji. Z kolei w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1.10.2014 r. przedłożono – zgodnie z żądaniem - poprawione zobowiązanie dla SGS Tecnos S.A., co do poprawności nazwy Zamawiającego dla tego postępowania oraz wymagane wezwaniem oświadczenia o braku podstaw wykluczenia SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic przewidzianego dla wykonawców biorących udział w realizacji zamówienia, wyjaśniając jednocześnie, że wykonawcy nie będą brali udziału w realizacji przedmiotowej umowy, jako podwykonawcy oraz, że zakresem współpracy jest usługa konsultingowa i będzie ona dotyczyć wybranych problemów merytorycznych związanych z zarządzaniem i nadzorem nad realizacją robót, jak również, że wszelkie opinie i analizy wynikające z usługi konsultingowej będą wsparciem merytorycznym podczas czynności i decyzji podejmowanych samodzielnie przez wykonawcę ECMG GmbH w trakcie realizacji usługi względem Zamawiającego. Wykonawca ECMG w Formularzu cenowym w poz. 3.5 dotyczącej spornej pozycji specjalisty ds. promocji tytułem wymaganej ceny jednostkowej podał netto kwotę 55 zł.

Skład orzekający Izby, rozpoznający odwołanie wniesione w dniu 7.11.2014 r., w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2344/14 w jego punkcie 1, stwierdził, że (...) uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. oraz oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych". W uzasadnieniu do tego wyroku, w zakresie zarzutów skierowanych do oferty ECMG, wskazując na dokumenty z oferty tego wykonawcy Izba w szczególności stwierdziła, że z tych dokumentów wynika, że SGS Czech Republic s.r.o. i SGS Tecnos S.A. nie są do niczego konkretnego zobowiązane względem konsorcjum ECMG oraz, że Konsorcjum ECMG zamierza realizować usługę samodzielnie, a usługa konsultingowa będzie dotyczyć tylko wybranych problemów merytorycznych. Powyższe – zgodnie z uzasadnieniem do wyroku – miało potwierdzać, że Konsorcjum ECMG nie udowodniło, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego od przyszłego wykonawcy zamówienia. Zamawiający wykonując przedmiotowy wyrok, wezwał Konsorcjum ECMG w dniu 20.01.2015 r. na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Konsorcjum ECMG przy piśmie z dnia 26.01.2015 r.

przedłożyło zobowiązania trzech spółek należących do tych samych grup kapitałowych - ECM Group Polska S.A. z dnia 21.07.2014 r. oraz SGS Czech Republic s.r.o. z dnia 18.06.2014 r. i SGS Tecnos S.A. również z datą 18.06.2014 r., oraz nowy Wykaz wykonanych głównych usług [pkt 3.2], w którym wymieniono także usługi zrealizowane przez wykonawcę ECM Group Polska S.A.

Izba, rozpoznając podnoszony w odwołaniu zarzut niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2344/14 uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności podkreśla, że w sentencji wyroku, w zakresie oferty ECMG nakazano tylko unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum ECMG, jako najkorzystniejszej. Dalej, wskazując na powtórzenie czynności badania i oceny ofert, nakazano odrzucenie wyłącznie oferty wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o.. Z kolei w uzasadnieniu do tego wyroku nakazano kontynuować postępowanie zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych nie wskazując z zastosowaniem jakich procedur i tym samym nie wykluczając żadnej procedury, dopuszczonej ustawą Pzp.

Odwołujący, tak jak stwierdziła Izba, nie kwestionuje poprawności wezwania wykonawcy ECMG na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, w wyniku którego Zamawiający otrzymał uzupełniony Wykazu o usługi zrealizowane przez ECM Group Polska S.A. oraz zobowiązanie tego podmiotu z dnia 21.07.2014 r. Izba wskazuje ponownie, że w uzasadnieniu do tego wyroku nakazano kontynuować postępowanie zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie Pzp oraz, że Izba nie zakazała stosowania dopuszczonych ustawą Pzp procedur, w tym z art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Także KIO w tym wyroku nie nakazała, a nawet nie sugerowała, wykluczenia wykonawcy ECMG z tego postępowania. Zamawiający zatem, wobec treści wyroku KIO oraz argumentacji do jego uzasadnienia unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i w zakresie jego uprawnienia wytyczonego przez Izbę wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r. również nie nakazała odrzucenia oferty wykonawcy ECMG z uwagi na zastosowaną stawkę jednostkową dla usługi specjalisty ds. promocji w kwocie 55 zł, co więcej zarzut ten nie został uwzględniony, albowiem w uzasadnieniu wyroku nie ma nawet sugestii, co do ponownej oceny oferty ECMG w zakresie tej części oferty. Wykonawca, zdaniem Izby, w niniejszej sprawie powołuje się intencjonalnie na okoliczności, które nie zostały podniesione, ani w sentencji, ani w uzasadnieniu do tego wyroku. W konkluzji Izba stwierdza, że Zamawiający dokonał czynności w stosunku do oferty wykonawcy ECMG zgodnie z nakazem wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2344/14.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Izba ponownie zauważa, że Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu zastosowanej procedury z art. 26 ust.3 ustawy Pzp, jak również merytorycznej poprawności informacji ECMG z uzupełnionego Wykazu przy piśmie z dnia 26.01.2015 r., dotyczących usług zrealizowanych przez ECM Group Polska S.A. w zakresie wymaganego warunku z punktu 7.2.2. siwz. Nie zakwestionował również treści zobowiązania tego wykonawcy. Tym samym, chociażby z tego powodu, zarzut nie potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym pkt 7.2.2. specyfikacji nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający bowiem otrzymując dokumenty zgodnie z jego żądaniem, miał prawo uznać takie uzupełnione dokumenty, za potwierdzające spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba zwraca także uwagę, że Konsorcjum ECMG wykluczając w ofercie podwykonawstwo, nie wykluczyło zarówno w zobowiązaniach z dnia 17 czerwca 2014 r. jak i w zobowiązaniach z dnia 18 czerwca 2014 r. uczestnictwa podmiotów udostępniających zasoby - SGS Czech Republic s.r.o. i SGS Tecnos S.A. w realizacji tego zamówienia. Izba zauważa również, że pierwsze wezwanie - z dnia 01.10.2014 r. - do uzupełnienia w zakresie zobowiązania podmiotu SGS Tecnos S.A. nie dotyczyło treści merytorycznej dokumentu. Było ono związane z błędem formalnym, polegającym na wskazaniu Oddziału GDDKiA w Olsztynie jako prowadzącego postępowanie] [w miejsce Oddziału w Bydgoszczy], a ponadto dotyczyło uzupełnienia oferty o oświadczenie - w odniesieniu do wykonawców SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o - o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W tym wezwaniu wskazano również, że podmiot, który zobowiązuje się wobec wykonawcy do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia musi jednocześnie zapewnić swój udział w realizacji zamówienia dla zagwarantowania rzeczywistego przekazania posiadanych zasobów. Wykonawca ECMG przedłożył takie oświadczenia obu podmiotów, przyznając tym samym, że zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnianiu zasobu - wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, konsultacji jest równoznaczne z udziałem tych podmiotów w realizacji zamówienia. Izba ponownie zauważa, że KIO w wyroku sygn. akt: 2344/14, zwracając uwagę na ogólnikowość treści zobowiązania, nie wyłączyła możliwości zastosowania wskazanej procedury z art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w tej sprawie możliwe było także zastosowanie procedury z art. 26 ust.4 ustawy Pzp, celem wyjaśnienia sposobu współpracy przy realizacji zamówienia, wobec przekazania przez podmioty trzecie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa oraz konsultingu, których zasady realizacji, w tym zobowiązania stron, mają regulować zawarte umowy.

Reasumując Izba stwierdza, że Zamawiający - z uwagi na specyfikę tego zamówienia oraz dotychczasowe doświadczenie zawodowe Konsorcjum ECMG - użyte w treści zobowiązań sformułowanie o nieuczestniczeniu bezpośrednim w realizacji umowy w charakterze podwykonawcy, z uwzględnieniem argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu pisma wzywającego wykonawcę do uzupełnienia zgodnie z warunkami specyfikacji oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby o braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2 i 4 ustawy Pzp - ocenił prawidłowo.

Izba stwierdza również, że przedłożony Wykaz usług oraz zobowiązania o udostępnieniu zasobów z datą 18.06.2014 r. przy piśmie z dnia 26.01.2015 r. są konsekwencją zastosowanej procedury z art. 26 ust.3 ustawy Pzp, a zobowiązania z datą wystawienia przed terminem składania ofert – w okolicznościach faktycznych tej sprawy - nie mogą być kwalifikowane, jako świadczące o podaniu nieprawdziwych informacji. Izba zwraca również uwagę, że z treści zobowiązań nie wynika, aby warunkiem udostępnienia zasobów przez dany podmiot było uczestnictwo w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy lub brak takiego uczestnictwa. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp należało uznać za niezasadniony.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazany zarzut Odwołujący oparł na twierdzeniu, że wykonawca ECMG w toku postępowania odwoławczego przyznał, że podobnie jak wykonawca Transprojekt Gdański Sp. z o.o., zastosował przy ustalaniu ceny jednostkowej dla pozycji specjalista ds. promocji, niedopuszczone punktem 10.4 Instrukcji, przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu. Podał również, że taką informację w stosunku do oferty wykonawcy ECMG powziął na rozprawie w dniu 2 grudnia 2014 r. W toku rozprawy przed Izbą w dniu 23.02.2015 r. przyznał, że nie zapoznawał się z wyjaśnieniami wykonawcy ECMG z dnia 20 sierpnia 2014 r. z uwagi na to, że zostały one zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że zarzut ten zgłoszony został po terminie, o którym stanowi art. 182 ust.3 ustawy Pzp. W świetle przywołanego przepisu, dla obliczenia terminu na wniesienie odwołania, w tym przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, decydujące znaczenie ma sama możliwość - przy założeniu zachowania przez wykonawcę należytej staranności - powzięcia wiadomości o czynności zamawiającego, która zdaniem wykonawcy została podjęta lub zaniechana niezgodnie z ustawą Pzp. Izba zauważa również, że zastrzeżenie informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa może być

uchylone w ramach właściwości zamawiającego, jeżeli dotyczy to informacji, które z takiego zastrzeżenia obiektywnie nie powinny korzystać. Odwołujący z żądaniem udostępnienia tych wyjaśnień co przyznał na rozprawie - nie zwrócił się do Zamawiającego. Izba podkreśla, że skład orzekający w postępowaniu o sygn. akt: KIO 2344/14 zarzut skierowany do ceny jednostkowej w pozycji specjalista ds. promocji ustalonej na poziomie 55 zł w ofercie Konsorcjum ECMG rozpoznawał tylko w granicach wyznaczonych odwołaniem z dnia 7.11.2014 r., w który to odwołaniu podniesiono do tej oferty wyłącznie naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba stwierdza także, że wyjaśnienia wykonawcy ECMG nie zawierało oświadczenia wskazującego, że sposób kalkulacji tej pozycji cenowej dla specjalisty ds. promocji był tożsamy ze sposobem kalkulacji dokonany przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. Tym samym twierdzenia Odwołującego nie zostały udowodnione, co jest wymagane przepisem art. 190 ust.1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....