

Sygn. akt: KIO 1119/15

WYROK

z dnia 11 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: ECMG GmbH, SGS Polska sp. z o.o., ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym zastrzeżonej w wyjaśnieniach z dnia 23 kwietnia 2015r. tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Konsorcjum: ECMG GmbH, SGS Polska sp. z o.o., ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na rzecz Konsorcjum: ECMG GmbH, SGS Polska sp. z o.o., ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5 40-017 Katowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru dla budowy autostrady AI Tuszyn - Pyrzowice realizowanej w ramach inwestycji pod nazwą „Autostrada AI węzeł Pyrzowice - koniec obwodnicy Częstochowy”, nr postępowania 63/1-4/A-1/2014.

W dniu 19 maja 2015r. Zamawiający poinformował Odwołującego Konsorcjum firm w składzie:

1. ECMG GmbH, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń;
2. SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa, adres do korespondencji ECMG GmbH oddział w Polsce, RONDO ONZ 1, 00-124 Warszawa o wyborze oferty Multiconsult Polska Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej z jednoczesnym powiadomieniem o wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Odwołującego z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz z powodu nie złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej dot. SGS Polska Sp. z o.o.

W dniu 20 maja 2015r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odtajnieniu jego wyjaśnień.

Jak wynika z treści uzasadnienia decyzji, Zamawiający uznał, że przedstawione w wyniku uzupełnienia dokumentów zobowiązania podmiotów SGS Tecnos S.A., SGS Czech Republic i ECM Group Polska S.A. do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia oraz wyjaśnienia Odwołującego nie potwierdzają faktu realnego przekazania wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie Zamawiający podniósł, że nie wykazano, w jaki konkretnie sposób nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa i konsultacji oraz zapewnienie czynnego udziału podmiotów udostępniających w realizacji zamówienia, co - w ocenie Zamawiającego - świadczy o tym, że Odwołujący nie będzie realnie dysponował tymi zasobami.

Nadto Zamawiający wskazał, że realność udostępnienia zasobów podmiotów trzecich nie wynika z dokumentów złożonych przez Odwołującego, co powoduje uznanie, że Odwołujący nie wykazał tych okoliczności, a tym samym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo w dniu 20 maja 2015r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w wyniku badania oferty Odwołującego uznał on, iż informacje znajdujące się w wyjaśnieniach złożonych w dniu 23 maja 2015r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w związku z tym dokumenty te zostaną odtajnione.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 27 maja 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności Zamawiającego w przedmiotowym przetargu w zakresie zadania nr 2 obejmujące:

1. badanie i ocenę ofert, wykluczenie Odwołującego oraz wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie;
2. wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz z powodu nie złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w stosunku do jednego z członków Konsorcjum tj. SGS Polska Sp. z o.o.
3. odtajnienie wyjaśnień Odwołującego z dnia 23.04.2015r.

Powyższym czynnościom zarzucił naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp; poprzez dokonanie wyboru oferty Multiconsult Polska Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej podczas, gdy w świetle ustanowionych kryteriów oceny oferty, to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2 b i art. 7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z powodu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikające z uznania przez Zamawiającego, że złożone zobowiązania podmiotów trzecich tj. SGS Tecnos S.A., SGS Czech Republic, ECM Group Polska S.A. do udostępnienia swojego potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia nie potwierdzają realnego przekazania tego zasobu na rzecz Odwołującego, co skutkuje uznaniem iż Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia;
3. art. 24b ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z powodu nie przedłożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy

kapitałowej co SGS Polska Sp. z o.o., podczas gdy Odwołujący złożył przedmiotową listę;

4. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezpodstawne odtajnienie wyjaśnień złożonych w dniu 23.04.2015r. dotyczących udzielonego potencjału przez podmioty trzecie podczas, gdy informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Multiconsult Polska Sp. z o.o.

2. zakazanie odtajnienia wyjaśnień Odwołującego z dnia 23.04.2015r. z uwagi na fakt, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

3. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o.

Odnosnie zarzutu dot. wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący wskazał, że w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, to oferta Odwołującego winna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, a dokonanie wyboru dalszej oferty wynika, z faktu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu - co zostanie wykazane w dalszej części uzasadnienia.

Odnosnie zarzutu dot. wykluczenia z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 13 kwietnia 2015r. dokonał uzupełnienia żądanych dokumentów tj. przedłożył wykaz wykonanych głównych usług uzupełniony o dodatkowe referencje, pisemne zobowiązanie podmiotów trzecich tj. SGS Tecnos S.A., SGS Polska Sp. z o.o. i ECM Group Polska S.A. oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia ECM Group Polska S.A.

W ocenie Odwołującego, wszystkie przedłożone zobowiązania potwierdzają w sposób jednoznaczny i niepozostawiający wątpliwości, że udostępnienie ma charakter realny.

Odwołujący powołał się na uzasadnienie decyzji Zamawiającego ze strony 3, gdzie motywował, że „Ustawodawca wskazał, że w takiej sytuacji to po stronie Wykonawcy leży udowodnienie Zamawiającemu okoliczności dysponowania takim zasobem podmiotu trzeciego, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, wskazując na szczególny dowód, mianowicie pisemne zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że wystarczającym dowodem na potwierdzenie udostępnienia zasobów jest przedłożenie pisemnego zobowiązania, przy czym ustawa Pzp nie precyzuje, jakie informacje winny znaleźć się w tym zobowiązaniu.

Zauważył, że z treści złożonych zobowiązań wynika, że każdy z podmiotów złożył oświadczenie woli zobowiązując się do udzielania pełnego wsparcia merytorycznego podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie zwrócił uwagę, że podmioty te wskazały, w jaki sposób to wsparcie - a więc udostępnienie wiedzy i doświadczenia - będzie realizowane, a mianowicie podmioty te będą wykonywały usługę konsultingową na rzecz Wykonawcy wydając w ramach tej usługi opinie oraz stale doradzając Wykonawcy.

Ponadto zadeklarował, że podmioty te zapewniły, że kontakt z nimi będzie miał charakter stały, a nie doraźny, oraz będą przez cały czas monitorowały realizację usługi.

Dodatkowo, stwierdził, że podmioty te zobowiązały się świadczyć usługi konsultingowe na rzecz wszystkich podwykonawców Konsorcjum, aby wszystkie podmioty biorące udział w realizacji zamówienia miały zapewniony dostęp do ich wiedzy i doświadczenia.

Wyjaśnił również, że strony uzgodniły także warunki i zasady przyszłej współpracy, która będzie oparta na umowie cywilnoprawnej, a z treści zobowiązań wynika, że usługi konsultingowe będą świadczone przez kompetentne osoby, które posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędną do właściwej realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Na realność zobowiązania wskazuje również – zdaniem Odwołującego - fakt, że wszystkie podmioty udostępniające swój potencjał są powiązane kapitałowo z członkami Konsorcjum ECMG.

W świetle powyższego niezrozumiała dla Odwołującego i sprzeczna z wyraźnymi oświadczeniami woli podmiotów udostępniających swoje zasoby jest argumentacja Zamawiającego, iż brak jest podstaw do uznania, że Konsorcjum ECMG będzie mogła realnie korzystać z tych zasobów.

W przekonaniu Odwołującego, żądania Zamawiającego, a w tym kierunku zdaje się zmierzać jego wywód zawarty w uzasadnieniu wykluczenia, dostarczania bliżej

niesprecyzowanych dokumentów, które miałyby potwierdzać realność udostępnienia nie mają żadnego uzasadnienia, są one sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, która za wystarczający dowód w zakresie udostępnienia potencjału uznaje zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Argumentował, że z konstrukcji przepisów ustawy Pzp wynika, że taki dowód jest wystarczający do wykazania realności korzystania z udostępnionego potencjału, a Zamawiający kwestionując ten fakt winien udowodnić, że zobowiązanie ma charakter pozorny. Zamawiający nie sprostął temu obowiązkowi i w sposób nieuprawniony usiłuje w tym zakresie przerzucić obowiązek dowodowy na Wykonawcę.

Dodatkowo, zarzucił, że Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, wiąże udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci z obowiązkiem udziału tego podmiotu w charakterze podwykonawcy.

Zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że taki udział najlepiej zaspokajałby interesy Zamawiającego, ale obowiązek taki nie wynika z ustawy Pzp.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że udowodnił on realność dysponowania potencjałem podmiotów trzecich, a ocena Zamawiającego w tym zakresie jest błędna.

Oдноśnie zarzutu wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Pzp wskazał na błędną interpretację postanowień art. 24b ust. 3 ustawy Pzp zastosowaną przez Zamawiającego.

Wskazał, że zgodnie z art. 24b ust. 3 ustawy Pzp „Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d.”.

Zwrócił przy tym uwagę, że w przepisie tym nie ma normy nakazującej wykluczenie Wykonawcy, który złożył błędną listę podmiotów.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, że przepisy dotyczące wykluczenia należy interpretować ściśle bez żadnej wykładni rozszerzającej, bowiem adresaci normy prawnej nie mogą być bowiem zaskakiwani negatywnymi skutkami, które nie wynikają wprost z przepisu prawa.

Według Odwołującego w przedmiotowej sprawie, mając na uwadze normę zawartą w art. 24b ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie miał prawa i żadnych podstaw do zrównania sytuacji Wykonawcy, który nie złożył w ogóle listy podmiotów do Wykonawcy, który złożył błędną listę.

Przyznał, że taka wada listy podmiotów mogłaby ewentualnie być podstawą do wykluczenia Wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji, ale zwrócił uwagę, że ta „nieprawdziwa informacja” musiałaby mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem Odwołującego takiej sytuacji nie ma w tej sprawie, ponieważ nie zamieszczenie jednego z podmiotów na liście, nie miało i nie mogło mieć żadnego wpływu na wynik postępowania.

Zauważył przy tym, że SGS EKO PROJEKT Sp. z o.o. nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu, a więc nie zachodzi potrzeba badania czy nie doszło do zachwiania konkurencyjności w tym postępowaniu, a taki był cel wprowadzenia przepisów dotyczących grupy kapitałowej i składania listy.

Niezależnie jednak od powyższego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego, ponieważ w wyniku uzupełnienia listy podmiotów, Zamawiający otrzymał pełną informację o składzie grupy kapitałowej SGS.

W ocenie Odwołującego dokumenty składane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełniają już złożone dokumenty, a w pierwotnej liście dotyczącej grupy kapitałowej SGS EKO PROJEKT Sp. z o.o. była ujęta.

Biorąc więc pod uwagę fakt, że oba te dokumenty są złożone do Zamawiającego i tworzą pewną całość, uznać należy – w opinii Odwołującego, że złożył on pełną listę podmiotów znajdujących się w grupie kapitałowej.

Odnosnie odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że w dniu 20 maja 2015r. został poinformowany o odtajnieniu jego wyjaśnień z dnia 23 maja 2015r. w zakresie dysponowania potencjałem podmiotów trzecich.

Nie zgodził się z uzasadnieniem decyzji Zamawiającego o odtajnieniu wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego złożonych przy piśmie z dnia 30.04.2015r. (powinno być z dnia 29.04.2015r.) z powodu nie uprawdopodobnienia, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego w tym zakresie i wskazał, że zarówno pod względem materialnym, jak i formalnym wykazał, że informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 29 maja 2015r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Multiconsult Polska sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2015r. do uzupełnienia dokumentów, pisma Odwołującego z dnia 13 kwietnia 2015r. wraz z uzupełnionymi dokumentami, wezwania Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2015r. do złożenia wyjaśnień, pisma Odwołującego z dnia 23 kwietnia 2015r. wraz z wyjaśnieniami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, wezwania Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2015r. do złożenia wyjaśnień dotyczących listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, pisma Odwołującego z dnia 29 kwietnia 2015r. wraz z wyjaśnieniami, wezwania Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2015r. do uzupełnienia dokumentów – listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, pisma Odwołującego z dnia 30 kwietnia 2015r. wraz z uzupełnioną listą, pisma Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2015r. do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach, odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie z dnia 29 kwietnia 2015r., informacji Zamawiającego z dnia 20 maja 2015r. o odtajnieniu wyjaśnień z dnia 23 kwietnia 2015r., informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 maja 2015r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 czerwca 2015r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 10 czerwca 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art.8 ust.3 ustawy Pzp w związku z art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art.24 ust.2 pkt. 4 w związku z art.26 ust.2b,

art.24b ust.3, art. 91 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu nie spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego, a także z powodu nie złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

W związku z rozpoznawaną sprawą należy wskazać, że zgodnie z art.26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Jednocześnie stosownie do § 1 ust.6 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby przedłożone przez Odwołującego przy piśmie z dnia 13 kwietnia 2015r. zobowiązania SGS Tecnos S.A. z dnia 13 sierpnia 2014r., SGS Czech Republic, s.r.o. z dnia 21 sierpnia 2014r., ECM Group Polska S.A. z dnia 8 października 2014r. potwierdzają realność przekazania zasobu wiedzy i doświadczenia w świetle powołanych wyżej przepisów prawa.

Powyższe pisma zawierają prawem wymagane elementy jak: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Nadto, wymaga wskazania, że przepis art.26 ust. 2b ustawy Pzp przykładowo, jako jeden z dowodów na okoliczność dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia określił pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie wykonawca z tego dowodu skorzystał i przedstawił zobowiązania podmiotów do zadysponowania potencjału wiedzy i doświadczenia dla potrzeb realizacji zamówienia.

Odwołujący przedstawiając przedmiotowe zobowiązania podmiotów trzecich ma zapewnienie ze strony tych podmiotów o pełnym wsparciu merytorycznym poprzez pełnienie usługi konsultingowej na rzecz Konsorcjum dotyczącej wydawania opinii oraz stałego doradztwa dotyczącego realizacji przedmiotowej usługi.

W ramach pełnionej usługi konsultingu, udostępniający zasób zobowiązał się do zapewnienia stałego kontaktu, wsparcia i monitorowanie realizowanej usługi na rzecz Zamawiającego.

Jednocześnie Izba nie podzieliła zapatrywania Zamawiającego o konieczności przedłożenia przez Odwołującego umowy, która szczegółowo określałaby uprawnienia i obowiązki stron w zakresie udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego.

W ocenie Izby posłużenie się przy dowodzeniu realnego przekazania zasobu podmiotu trzeciego na rzecz wykonawcy umową jest prawnie dopuszczalne, jednak nie przesądza o należyтым wykonaniu zamówienia w późniejszym okresie realizacji umowy, a zatem zobowiązanie podmiotu trzeciego zawierające wymagane prawem elementy w odniesieniu do mających nastąpić w przyszłości skutków faktyczno-prawnych jest zrównane ze szczegółową umową o współpracy wykonawcy i podmiotu trzeciego.

Gdyby ustawodawca chciał nałożyć na wykonawców szerszy zakres obowiązków dowodowych dla wykazania faktów przekazania realnego potencjału podmiotów trzecich, to

zapewne ustanowiłby bardziej ścisły katalog okoliczności, których udowodnienie jest obligatoryjne.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba wzięła również pod uwagę ściśle powiązania kapitałowe Odwołującego z podmiotami udostępniającymi zasób.

Według zapatrywania Izby inne podejście interpretacyjne w tym przypadku powodowałoby, że przepis art.26 ust. 2b ustawy Pzp należałoby uznać za martwy i jako taki stanowiący jedynie fikcję prawną, a ocenę przeprowadzonego dowodzenia należałoby uznać za zupełnie swobodną pozbawioną cech obiektywizmu.

Izba reprezentuje również pogląd, że nie jest konieczne podwykonawstwo przy wykorzystywaniu potencjału podmiotu trzeciego, chociaż nie jest ono wykluczone, gdyby istniał taki wymóg prawny powinien zostać odzwierciedlony w obowiązującym prawie.

W ocenie Izby również pytania skierowane do Odwołującego w piśmie z dnia 17 kwietnia 2015r. dotyczącym wyjaśnień były sformułowane przez Zamawiającego na poziomie bardzo ogólnym, a zatem trudno byłoby oczekiwać od wykonawcy odniesienia się do takich niesprecyzowanych wątpliwości.

Ostatecznie Odwołujący udowodnił, że podobne zobowiązania SGS Technos S.A. i SGS Czech Republic s.r.o. z dnia 1 kwietnia 2014r. składane przez Odwołującego w innym przetargu realizowanym przez Oddział GDDKiA we Wrocławiu były uznawane przez tego Zamawiającego i nie stanowiły podstawy do jego wykluczenia.

Wobec tego Odwołujący działając w zaufaniu do Państwa, nie może być poddawany innej próbie dowodowej prowadzonej obecnie przez tego samego Zamawiającego, lecz w innym Oddziale GDDKiA.

Z powyższych względów Izba nie mogła uznać podstawy wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego na zasadzie art.24 ust.2 pkt. 4 w związku z art.26 ust.2b ustawy Pzp za uzasadnione.

Przechodząc do omówienia drugiego z zarzutów Izba uznała, że wykluczenie może nastąpić jedynie z powodu nie złożenia przez niego listy, o której mowa w art.26 ust.2d. Powyższe wynika z treści przepisu art.24b ust.3 ustawy Pzp.

Zebrany w sprawie materiał dokumentacyjny wskazuje, że Odwołujący przy ofercie

złożył listy podmiotów należących do grupy kapitałowej - SGS Polska S.A. (24 podmioty), ECEG GmbH (6 podmiotów), a przy piśmie z dnia 30 kwietnia 2015r. złożył dodatkowo listę podmiotów należących do grupy kapitałowej partnera konsorcjum SGS Polska S.A. (24 podmioty).

W przekonaniu Izby złożone przez Odwołującego listy podmiotów należących do grupy kapitałowej przy ofercie i uzupełniona później lista wraz wyjaśnieniami dotyczącymi SGS EKO Projekt sp. z o.o. stanowią listę podmiotów należących do grupy kapitałowej obrazującą wyczerpująco wszelkie powiązania kapitałowe Odwołującego i innych przedsiębiorców, a wykluczenie Odwołującego z przetargu z powodu nie złożenia przez niego listy, o której mowa w art.26 ust.2d należałoby uznać za nadmiernie restrykcyjne i nacechowane nieuzasadnionym formalizmem.

Ostatecznie Izba uznała za spóźnione badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa po ogłoszeniu wyniku przetargu, które zostało dokonane w dniu 19 maja 2015r., podczas gdy Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego już po tej czynności, czyli dopiero w dniu 20 maja 2015r., gdzie wyjaśnienia do tych zastrzeżeń były złożone już w dniu 29 maja 2015r.

Zdaniem Izby Zamawiający nie dostatecznie szczegółowo przeprowadził badanie przesłanek uprawniających Odwołującego do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na zasadzie art.8 ust.3 ustawy Pzp w związku z art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przed wszystkim Zamawiający przez okres około 1 miesiąc mógł wyjaśnić, że informacje zawarte na stronie 1 nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast jeśli chodzi o informacje od punktu 1 ze strony 2 do zdania pierwszego ze strony 3 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i dalej tajemnicę taką stanowią informacje zawarte na stronie 3 z wyłączeniem powołanego tam, podkreślonego orzeczenia KIO. W pozostałym zakresie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa informacje będące zacytowaniem orzecznictwa KIO.

Zamawiający powinien również ustalić czy pozostałe podane przez Odwołującego informacje mają charakter organizacyjny lub mający wartość gospodarczą.

Jeżeli w tym zakresie miałby wątpliwości powinien zwrócić się do Odwołującego z konkretnym zapytaniem dotyczącym poszczególnych cząstkowych informacji z wyjaśnień i dopiero kompleksowa analiza przesłanek z art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dająca przekonanie Zamawiającemu o braku wystąpienia tajemnicy

przedsiębiorstwa uprawnia go do uruchomienia zniesienia klauzuli tej tajemnicy i ujawnienia zawartych w wyjaśnieniach z dnia 23 kwietnia 2015r. poszczególnych informacji.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....