

**WYROK**  
**z dnia 19 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2014 r. przez wykonawcę D..... Z..... P..... Sp. k., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) BBF Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Ipopema Securities S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę D..... Z..... P..... Sp. k., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D..... Z..... P..... Sp. k., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Utylizacyjny sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55; 80-180 Gdańsk, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Doradztwo prawne, techniczne i finansowo ekonomiczne dla projektu „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 22 stycznia 2014 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 31 stycznia 2014 roku wykonawca D..... Z..... P..... sp. k., Rondo ONZ 1; 00-124 Warszawa (dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż dokonując czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył w szczególności:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania wykonawcy konsorcjum firm: BBF sp. z o.o. oraz Ipopema Securities S.A. („konsorcjum BBF”) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 3 oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert konsorcjum BBF z uwagi na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
3. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum BBF, która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu,
4. art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp oraz art. 45 ust. 2 pkt. g 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. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.) („Dyrektywa Klasyczna”) oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum BBF i odrzucenia na tej podstawie złożonej przez konsorcjum BBF oferty, ze względu na podanie nieprawdziwych informacji, które wprowadziły zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia przez

konsorcjum BBF warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania.
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane odwołaniem, w szczególności w zakresie wadliwości dokonania przez zamawiającego wyboru oferty konsorcjum BBF jako oferty najkorzystniejszej.
3. Unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum BBF jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
4. Nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum BBF jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.
5. Nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
6. Ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwanie konsorcjum BBF na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
7. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów ustawy Pzp interes odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, doznał uszczerbku, odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która została sklasyfikowana jako druga w kolejności, a wyłącznie w wyniku dokonania w/w naruszeń przez zamawiającego oferta odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza przez co odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego będzie ofertą, która uzyska najlepszy wynik w procesie oceny ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu.

Zamawiający dnia 3 lutego 2014 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 6 lutego 2014 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca konsorcjum firm: BBF sp. z o.o., Ipopema Securities S.A.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz z dokumentów złożonych przez odwołującego i przystępującego.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący podał, co następuje.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp - brak spełnienia przez konsorcjum BBF warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wykaz wykonanych usług (str. 54-55 oraz 58-60 oferty konsorcjum BBF) został zastrzeżony jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej jednak, mając na względzie wymagania postawione przez zamawiającego, jak również opierając się na znajomości rynku usług będących przedmiotem zamówienia oraz znajomości branży i podmiotów świadczących tego typu usługi, w tym doświadczeń konsorcjum BBF, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością odwołujący stwierdził, iż konsorcjum BBF w celu wykazania spełnienia przywołanego powyżej warunku określonego w pkt. 10 pkt. 1b) SIWZ posłużył się doświadczeniem członka konsorcjum konsorcjum BBF (tj. spółki BBF sp. z o.o., dalej „BBF”) w zakresie realizacji usług w ramach projektu „System Gospodarki

Odpadami dla Miasta Poznania" (dalej „Projekt”) świadczonych na rzecz Mott MacDonald (spółki będącej członkiem konsorcjum odwołującego).

Jeśli powyższe założenie odwołującego jest prawidłowe, to odwołujący wskazuje, że konsorcjum BBF nie spełnia warunków wskazanych w pkt. 10 pkt 1 b SIWZ, albowiem konsorcjum BBF nie ma doświadczeń w *świadczeniu usług doradztwa, polegających na analizie uwarunkowań prawnych, ekonomicznych, finansowych oraz przygotowaniu założeń i struktury projektu o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 100 mln zł, w ramach którego została zawarta co najmniej jedna w partnerstwie publiczno - prywatnym lub koncesji.*

Jak wynika z tego warunku, zamawiający kładzie nacisk na ten element doradztwa, która dotyczy projektu inwestycyjnego - świadczy o tym odwołanie się do wartości nakładów inwestycyjnych, a więc wykonawca - konsorcjum BBF powinien być zaangażowany na tym etapie prac, który dotyczy przygotowania struktury i założeń takiego projektu. Ponadto, zamawiający formułując powyższy warunek posługuje się spójnikiem „oraz” (tj. oczekuje, że doradztwa będzie mieć doświadczenie *polegające na analizie uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz przygotowaniu założeń i struktury projektu.* W związku z powyższym, wykonawca w celu spełnienia warunku nie może posługiwać się jedynie fragmentarycznym (wycinkowym) doświadczeniem (polegające np. tylko na analizie prawnej, bez udziału w przygotowaniu struktury).

Odwołujący wskazał (poprzez dowody przywołane w piśmie), iż:

- (a) Mott MacDonald zawarł ze spółką BBF umowę podwykonawczą w dniu 1 października 2012 r.;
- (b) po analizie przedmiotowej umowy, ze względu na charakter świadczonych usług przez BBF oraz ich datę rozpoczęcia, BBF nie ma podstaw, aby posługiwać się doświadczeniem w zakresie świadczenia usług doradczych w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, tj. doradztwa w zakresie „analizy uwarunkowań prawnych, ekonomicznych, finansowych oraz przygotowaniem założeń i struktury projektu o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 100 mln zł;
- (c) w okresie po 1 października 2013 r., projekt dotyczący budowy ITPOK był już „ustrukturyzowany”. Na etapie prac, zespół doradców EY, Mott MacDonald oraz DZP, przygotował założenia i strukturę projektu, co więcej Miasto Poznań zakończyło dialog konkurencyjny w ramach Projektu, z potencjalnymi partnerami prywatnymi ubiegającymi się o zawarcie Umowy PPP, a w lipcu 2012 r. Miasto wezwało wykonawców do złożenia ofert, a w dniu 8 kwietnia 2013 r, została zawarta umowa o partnerstwie publiczno - prywatnym);

(d)BBF nie był zaangażowany w ramach swojej umowy podwykonawczej w prace związane z przygotowaniem analizy, założeń oraz struktury projektu inwestycyjnego, a więc konsorcjum BBF nie spełnia warunku określonego przez zamawiającego.

Etap przygotowania analizy, założeń i struktury projektu (od stycznia 2011 r. do sierpnia 2012 roku).

Odwołujący wskazał, że prace związane z przygotowaniem projektu pn, „System Gospodarki Odpadami dla Miasta Poznania”, były w pierwszej fazie świadczone na rzecz Miasta Poznania na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (dalej „MRR”), na podstawie odrębnych umów zawartych przez poszczególnych doradców tj. (i) Domański Zakrzewski Palinka sp.k. (dalej jako „DZP”); (ii) Ernst&Young Corporate Finance (dalej jako „EY”) oraz (iii) Mott MacDonald (dalej jako „Mott MacDonald”).

DZP świadczyło usługi na rzecz MRR w okresie od dnia 5 stycznia 2011 r. do 10 grudnia 2012 r. Na tym etapie, DZP dokonało analizy uwarunkowań prawnych oraz przygotowania założeń oraz optymalnej struktury prawnej przedsięwzięcia dotyczącego zaprojektowania budowy i utrzymania Instalacji do Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych w Poznaniu w trybie ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym. DZP, m.in. przygotowało kompleksowy raport w sprawie struktury prawnej, wskazując na konieczność odstąpienia od dotychczasowego modelu realizacji projektu (model koncesyjny) i przeprowadzenia transakcji w modelu partnerstwa publiczno - prywatnego w modelu opłaty za dostępność (dowód nr 1: Umowa z MRR z 5 stycznia 2011 r. nr DIN/BDG-II/POPT/344/10, dowód nr 2: Umowa z MRR z maja 2011 r., dowód nr 3: Umowa z MRR z 17 listopada 2011 r., nr DIN/BDG-U/POPT/364/11, dowód nr 4: Protokoły odbioru prac DZP przez MRR).

EY świadczył na rzecz MRR usługi doradztwa ekonomicznego, finansowego i podatkowego w procesie przygotowania projektu „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania” do wdrożenia inwestycyjnego, w szczególności w procesie wyboru partnera prywatnego, zawarcia umowy z partnerem prywatnym i aplikowania o środki unijne. EY świadczył usługi na rzecz MRR w okresie od 31 stycznia 2011 r. do 10 grudnia 2012 r. W ramach swoich prac, EY dokonał analizy uwarunkowań ekonomiczno - finansowych, w celu przygotowania założeń oraz optymalnej struktury transakcji m.in. przeprowadził analizy dot. wstępnych założeń dla struktury Projektu i transakcji oraz podziału ryzyk, a także przygotowanie raportu dot. analizy szacowanego wpływu realizacji Projektu w formule przewidującej „opłatę za dostępność” na poziom wskaźników zadłużenia Miasta Poznania (dowód nr 5: Umowa z MRR z dnia 31 stycznia 2011 r. nr DIN/8DG-II/POPT/345/10, dowód nr 6: Umowa z MRR z dnia 6 maja 2011 r., dowód nr 7: Umowa z MRR z dnia 14 listopada 2011 r. nr DIN/BDG- II/POPT/357/11, dowód nr 8: Pismo EY z 1 kwietnia 2011 r. ws. przekazania produktu prac dla Zlecenia nr 3 w ramach umowy o świadczenie usług doradztwa finansowego nr DIN/BDG-II/POPT/345/10 z 31 stycznia 2011 r., dowód nr 9:

Pismo EY z 10 czerwca 2011 r. ws. przekazania produktu prac dla Zlecenia nr 5, pkt. 1, 2, 3 w ramach umowy o świadczenie usług doradztwa finansowego nr DIN/BDG-II/POPT/345/10 z 31 stycznia 2011 r.).

Doradca techniczny Mott MacDonald świadczył usługi w zakresie doradztwa technicznego dla projektu POliŚ 2.1-13 - „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania”, realizowanego w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. W ramach tych prac, Mott MacDonald przeprowadził analizy techniczno - środowiskowe w celu przygotowania założeń oraz optymalnej struktury transakcji, m.in. przygotował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia dla Projektu w części dotyczących wymagań technicznych i technologicznych oraz opiniował proponowane przez partnerów prywatnych rozwiązania techniczne i technologiczne, mając istotny wpływ na wypracowanie ostatecznej struktury Projektu (np. określił nową wydajność instalacji), (dowód nr 10: Umowa z MRR z dnia 9 czerwca 2011 r, nr DIN/BDG- U/POPT/168/11, dowód nr 11: Umowa z MRR z dnia 21 marca 2011 r. nr DIN/BDG- II/POPT/71/11, dowód nr 12: List referencyjny MRR z dnia 5 marca 2013 r. (sygn. DWP-II- 0782-01-EK/13), dowód nr 13: List referencyjny MRR z dnia 5 marca 2013 r. (sygn. DWP-II- 0782-02-EK/13).

W związku z zakończeniem prac świadczonych przez doradców na zlecenie MRR, Miasto Poznań, dążyło do zapewnienia kontynuacji prac doradców, których celem miał być wybór partnera prywatnego i zawarcie Umowy PPP. W związku z tym, Miasto zawierało indywidualne umowy z poszczególnymi doradcami, w ramach których świadczone dalsze usługi związane z projektem, zwłaszcza z przygotowaniem nowej wersji Studium Wykonalności dla Projektu, która - odpowiadałaby przyjętemu modelowi realizacji Przedsięwzięcia (tj. PPP realizowany w formule opłaty za dostępność), oraz uwzględniałaby istotną zmianę w zakresie systemu gospodarki odpadami (kluczowy aspekt: przekazanie władztwa nad odpadami na rzecz gmin). Studium to miało stać podstawą ubiegania się Miasta o środki unijne.

Kancelaria DZP od dnia 27 września 2011 r. rozpoczęła świadczenie kompleksowych usług doradczych bezpośrednio na rzecz Miasta Poznania. W ramach powyższych prac, DZP współpracowało wyłącznie z EY oraz Mott MacDonald na podstawie umów podwykonawczych, a spółka BBF nie była zaangażowana w świadczenie jakichkolwiek prac w ramach Projektu (dowód nr 14: Umowa z Miastem Poznaniem z 27 września 2011 r. nr GKM.X/272-69 Fn 5080/2011, dowód nr 15: Umowa z Miastem Poznaniem z 31 maja 2012 r. nr GKM- XIV.27253 Fn 2886/2012, dowód nr 16: Umowa z Miastem Poznaniem na świadczenie usług zastępstwa procesowego i doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego z 24 sierpnia 2012 r., dowód nr 17: Umowa podwykonawcza DZP z EY z 24 października 2011 r., dowód nr 18: Umowa podwykonawcza DZP z Mott MacDonald z 28 października 2011 r.).



W ramach usług doradztwa prawnego, DZP wraz z EY i Mott MacDonald dokonało m.in. weryfikacji i aktualizacji Studium Wykonalności dla Projektu w zakresie aspektów i organizacyjnych, wynikających z kluczowej dla systemu gospodarki odpadami zmiany prawa w zakresie utrzymania czystości, a także opracowało wnioski i rekomendacje dla Prezydenta Miasta Poznania w zakresie niezbędnym do opracowania końcowej wersji umowy PPP oraz SIWZ. W tym okresie DZP wraz z EY i Mott MacDonald przygotowało ostateczną dokumentację przetargową, odpowiadało na pytania partnerów prywatnych do treści SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że na tym etapie prac doradców, Miasto Poznań prowadziło już dialog konkurencyjny z partnerami prywatnymi, a doradcy DZP, EY, Mott MacDonald uczestniczyli w dialogu konkurencyjnym jako doradcy komisji przetargowej (biegłi ds. procedury), a także wypracowali ostateczną strukturę projektu, a więc SIWZ (w tym przede wszystkim Umowę PPP (stanowiącą część I SIWZ) oraz Program Funkcjonalno - Użytkowy, stanowiący część III SIWZ). Należy wskazać, że Miasto wezwało partnerów prywatnych do złożenia ofert (w lipcu 2012 r.). Dlatego też, z całą mocą należy podkreślić, że ostateczna „strukturyzacja” projektu, nastąpiła na tym etapie (tj. po zakończeniu dialogu konkurencyjnego i wypracowaniu ostatecznej wersji Umowy PPP (oraz pozostałej dokumentacji SIWZ). DZP wraz z EY i Mott MacDonald świadczyło powyższe usługi do dnia 1 października 2012 r. (dowód nr 19: Zaproszenie do złożenia ofert przez partnerów prywatnych z 30 lipca 2012 r.).

Jak wynika z powyższej analizy BBF nie był zaangażowany w powyższe prace, nie brał udziału, ani na etapie analizy uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz przygotowaniu założeń i struktury prawnej projektu inwestycyjnego (tj. Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów K). Wszystkie te działania i czynności zostały bowiem przeprowadzone wyłącznie przez DZP, EY i Mott MacDonald, co znajduje potwierdzenie w załączonych umowach i protokołach odbioru prac.

Tym samym B8F nie może twierdzić, iż spełnia warunek polegający na wykonaniu lub wykonywaniu należycie usługi doradztwa, polegające na analizie uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz przygotowaniu założeń i struktury projektu o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 100.000.000,00 (słownie: sto milionów) PLN brutto każdy, w ramach których została zawarta co najmniej jedna umowa w partnerstwie publiczno-prywatnym lub o koncesji.

Ewentualne zaangażowanie BBF na późniejszym etapie, tj. po ustrukturyzowaniu projektu, a już z pewnością po zawarciu umowy PPP, nie ma zatem znaczenia prawnego w świetle warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ.

Działania w ramach Pomocy Technicznej (od 1 października 2012 r.)

Gdyby BBF twierdził, że swoje doświadczenia w zakresie „strukturyzacji” projektu zdobył, świadcząc usługi jako podwykonawca Mott MacDonald w ramach Pomocy Technicznej, poniżej wykażemy, że ze względu na zakres i termin świadczenia usług, BBF nie spełnia warunku wskazanego przez zamawiającego.

Mott MacDonald działając jako tzw. Pomoc Techniczna, świadczył kompleksowe usługi doradztwa na rzecz Miasta Poznania od dnia 1 października 2012 r. (dowód nr 20: Kontrakt nr 3 Pomoc Techniczna dla Jednostki Realizującej Projekt „System Gospodarki Odpadami dla Miasta Poznania” Nr GKM.XIV/272 86/FN 4784/2012, zawarty w dniu 1 października 2012 r. pomiędzy Miastem Poznaniem a Mott MacDonald Polska (dalej „Umowa o pomocy technicznej”).

Mott MacDonald przy wykonywaniu Umowy w sprawie pomocy technicznej korzystał z usług następujących podwykonawców: EY, DZP i BBF.

Zakres usług świadczonych przez konkretnych podwykonawców został określony we właściwych umowach podwykonawczych.

W przypadku podwykonawcy BBF, relacje prawne Mott MacDonald z jego podwykonawcą reguluje umowa z dnia 8 sierpnia 2013 r. (dowód nr 21: Umowa z dnia 8 sierpnia 2013 r. o świadczenie usług w ramach Pomocy Technicznej dla Projektu: System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania nr 79/WA/310364/08/2013.).

Zgodnie z par 18 pkt. 4 powyższej umowy z BBF, strony potwierdziły, że „postanowienia niniejszej umowy obowiązują od dnia 1 października 2012 r.". Należy wskazać, że zakres prac powierzonych podwykonawcy został określony w tej umowie. Jak wynika z Załącznika A Szczegółowy zakres świadczonych usług, stanowiącego integralną część powyższej umowy z BBF, Mott MacDonald i BBF wyraźnie rozgraniczyli zakres powierzonych i realizowanych zadań.

Z Załącznika A wynika, że BBF nie świadczy żadnych usług doradczych w ramach:

- Działania 7 „*Pomoc Zamawiającemu w uzyskaniu decyzji Komisji Europejskiej*”
- Działania 11 „*Pomoc Zamawiającemu w wyborze Partnera Prywatnego oraz ustaleniu zasad współpracy z partnerem prywatnym*”

Zadania te, co jasno wynika z Załącznika A zostały powierzone podwykonawcy EY oraz podwykonawcy DZP. Taki podział zadań nie budzi wątpliwości w świetle umów podwykonawczych zawartych przez Mott MacDonald (dowód nr 22: Umowa o świadczenie usług zawarta pomiędzy Mott MacDonald a DZP z 1 października 2012 r., dowód nr 23: Umowa o świadczenie usług zawarta pomiędzy Mott MacDonald a EY).

Podział zadań pomiędzy podwykonawcami został przyjęty jako wynik i konsekwencja uprzedniego i wieloletniego zaangażowania EY, Mott MacDonald oraz DZP w Projekt, a zwłaszcza przygotowania struktury i założeń Projektu, a także całości dokumentacji przetargowej. W ramach prac związanych z Projektem i to jeszcze przed 1 października

2012 r., doradcy przygotowali wzór wniosku o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego, uczestniczyli w dialogu konkurencyjnym, przygotowali rekomendacje co do ostatecznej struktury prawnej, technicznej i finansowej Projektu, która znalazła odzwierciedlenie w SIWZ i umowie o PPP.

Po dniu 1 października 2012 r. doradcy Miasta Poznania, tj. DZP, EY i Mott MacDonald prowadzili dalsze prace, mające na celu jedynie dokończenie doradztwa na rzecz Projektu i doprowadzenie do „sukcesu inwestycyjnego”, czyli podpisania umowy PPP. Jak wskazano powyżej, zawarcie umowy PPP nastąpiło w dniu 8 kwietnia 2013 r. Jednakże wymagane przez zamawiającego „przygotowanie założeń i struktury projektu” zostało bez wątpienia dokonane na etapie prac przed 1 października 2012 r., dlatego też należy wskazać, że BBF nie uczestniczył w Projekcie w fazie jego strukturyzacji, a także zgodnie z przedłożoną umową i protokołami odbioru prac, BBF nie spełnia warunku wskazanego w s.i.w.z. (dowód nr 24: Protokoły odbioru wykonania przedmiotu umowy z dnia 8 sierpnia 2013 r., potwierdzające rzeczywisty zakres usług BBF w okresie od 2 października 2010 r. do 30 czerwca 2013 r.).

Analizując protokoły odbioru oraz wystawione przez Mott MacDonald na rzecz BBF z okresu od rozpoczęcia świadczenia usług przez BBF na rzecz Mott MacDonald należy wskazać, że w okresie od dnia 2 października 2010 r. do dnia 31 marca 2013 r. BBF we wskazanym okresie „nie wykonywał zadań”, albo „zapoznawał się z dokumentacją dotyczącą Projektu”. Jak wskazano powyżej, Umowa o partnerstwie publiczno prywatnym została zawarta w dniu 8 kwietnia 2013 r., a więc w żadnym wypadku, BBF nie może przypisywać sobie doświadczeń, które były wymagane przez zamawiającego.

Jak wynika z przedłożonych protokołów, w okresie od 1 kwietnia 2013 r., prace merytoryczne BBF sprowadzały się jedynie do działań związanych z postępowaniami ws. zamówień publicznych (dotyczących np. promocji i edukacji ekologicznej), a także do weryfikacji oraz aktualizacji podręcznika procedur dla zamawiającego (JRP), czy np. analizy harmonogramu realizacji Projektu. Jak widać z powyższego opisu, BBF nie miał - i nie mógł mieć, zważywszy na późny etap rozpoczęcia przez ten podmiot świadczenia usług - żadnego wpływu na przygotowanie założeń i struktury projektu. Nie przeprowadził również analizy uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych Projektu, co wprost wynika z przedłożonych protokołów.

Mając powyższe na względzie należy wyraźnie podkreślić, że - jeśli założenie odwołującego jest prawidłowe, a więc konsorcjum BBF na spełnienie warunku posłużył się doświadczeniami BBF - to w świetle przedstawionych powyżej dowodów nie budzi wątpliwości, że wykonawca nie spełnił warunku wymaganego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy Pzp - brak spełnienia przez konsorcjum BBF warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zgodnie z pkt 10.1 d) SIWZ wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował przy realizacji zamówienia zespołem składającym się z co najmniej dziewięciu osób. W skład wymaganego zespołu powinien wchodzić m.in. Kierownik Zespołu (Koordynator), posiadający opisane w SIWZ kwalifikacje i wiedzę.

Z informacji uzyskanych od zamawiającego wynika, że konsorcjum BBF przedstawił na stanowisko Kierownika Zespołu osobę zaangażowaną w projekt „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania”. Co istotne osoba ta została wskazana w wyniku wezwania konsorcjum BBF do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ pierwotnie wskazana przez konsorcjum BBF osoba na to stanowisko nie spełniała warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca - konsorcjum BBF zastrzegł dane osoby przedstawionej na stanowisko Kierownika Zespołu jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej jednak odwołujący - jako podmiot bezpośrednio zaangażowany w projekt „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania” - podnosi, że osobą tą jest w ocenie odwołującego p. (...). Wynika to z tego, że krąg osób zaangażowanych w prace w ww. projekcie jest bardzo ograniczony. Osobą tą nie jest nikt z osób związanych z odwołującym i jego podwykonawcami, tj. Mott MacDonald Polska sp. z o.o. oraz Ernst & Young Corporate Finance sp. z o.o., tj. spółkami, które - poza odwołującym - były bezpośrednio zaangażowane w realizację ww. projektu.

Odwołujący wskazał, że p. (...) w trakcie realizacji ww. projektu był (i nadal pozostaje) pracownikiem Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju) (dalej: Ministerstwo). Ministerstwo - na podstawie PZP, wybrało i zakontraktowało w ramach wsparcia projektu „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania” trzech doradców, tj. Odwołującego (doradca prawny), Mott MacDonald Polska sp. z o.o. (doradca techniczny) oraz Ernst & Young Corporate Finance sp. z o.o. (doradca ekonomiczny i finansowy) (dalej łącznie „Doradcy”).

W ramach prac Doradców - co wynika z załączonych oświadczeń (dowody nr 25, 26 i 27) - funkcje wypełniające przesłanki Kierownika Zespołu (Koordynatora), o których mowa w pkt 10.1.d) SIWZ pełniły p. (...) a następnie p. (...).

W ramach realizacji projektu „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania” p. (...) wykonywał wyłącznie funkcje organizacyjne wynikające z jego obowiązków służbowych jako pracownika Ministerstwa, tj. *zamawiającego*. Doradcy zaś - i członkowie zespołu wraz z Kierownikiem Zespołu - to w tym przypadku - *wykonawcy*.

W tym też kontekście, tj. pracy w Ministerstwie można by ewentualnie rozpatrywać funkcję, którą w ramach pracy i obowiązków służbowych spełniał p. (...) w projekcie.

Ministerstwo, ani żaden z jego pracowników, w tym p. (...), nie przygotowało jakichkolwiek analiz (ani prawnych, ani technicznych, ani ekonomiczno- finansowych) dotyczących projektu „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania”. Wszystkie takie analizy (opinie, memoranda i inne dokumenty) były dziełem Doradców i to Doradcy ponosili i ponoszą odpowiedzialność za efekty swoich prac. Odpowiedzialność zarówno zawodową jak i finansową, której zabezpieczeniem są polisy od odpowiedzialności cywilnej.

W związku z tym Ministerstwo, ani żaden z jego pracowników, w tym p. (...), nie miał bezpośredniego wpływu na ostateczne konkluzje prezentowane w wynikach prac Doradców. Tym bardziej zatem nie można uznać, że p. (...) wykonywał jakiegokolwiek funkcje kierownicze w stosunku do pracowników lub innych osób zatrudnionych przez Doradców.

Poza tym, Kierownik Zespołu - aby mógł pełnić swoje funkcje - powinien być jednym z członków tego zespołu lub co najmniej osobą wyznaczoną przez Doradców o szczególnym - kierowniczym - statusie. Tymczasem p. (...) nigdy nie był i nie mógł być członkiem zespołu Doradców, ponieważ pracował po stronie zamawiającego (Ministerstwa). W ramach Zespołu, to jego Kierownik odpowiada również za organizację prac, wyznaczanie zadań, terminów, osób odpowiedzialnych za poszczególne elementy składające się na ostateczne wyniki prac Zespołu. Wszystkie te zadania i wynikająca z nich odpowiedzialność Kierownika Zespołu za końcowy efekt prac Zespołu są obowiązkiem wykonawcy (Doradców) a nie pracowników zamawiającego (Ministerstwa), co wynika z roli, którą system zamówień publicznych przypisuje każdemu z tych podmiotów.

Tym samym, przedstawiony przez konsorcjum BBF w ofercie p. (...) nie spełnia warunków określonych w pkt 10.1.d) SIWZ. Oznacza to, że konsorcjum BBF nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym, że konsorcjum BBF był już raz wzywany do uzupełnienia oferty w tym zakresie, nie jest możliwe ponowne wezwanie go do uzupełnienia oferty w tym samym zakresie. Oferta konsorcjum BBF podlega zatem odrzuceniu a konsorcjum BBF wykluczeniu.

Ponadto, p. (...) - zarówno w dacie składania oświadczenia przez konsorcjum BBF - jak i obecnie pozostaje członkiem korpusu służby cywilnej w rozumieniu ustawy z dnia 21 listopada 2008 r, o służbie cywilnej (Dz. U. Nr 227, poz.1505, ze zm.) o służbie cywilnej, jest bowiem pracownikiem Ministerstwa. Zgodnie z jej art. 80 ust, 1 członek korpusu służby cywilnej nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia bez pisemnej zgody dyrektora generalnego urzędu ani wykonywać czynności lub zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważających zaufanie do służby cywilnej.

W Ministerstwie obowiązuje zarządzenie Dyrektora Generalnego wydane na podstawie art. 25 ust. 10 Ustawy o służbie cywilnej, Zgodnie z § 6 tego zarządzenia „*Przedmiotem*

*dodatkowego zatrudnienia lub zajęć zarobkowych nie mogą być czynności lub zajęcia naruszające obowiązki wynikające z ustawy oraz Kodeksu pracy, jak również zasady służby cywilnej oraz zasady etyki korpusu służby cywilnej określone w zarządzeniu w sprawie etyki. Czynności i zajęcia nie mogą także kolidować z obowiązkami służbowymi. Pracownik składa oświadczenie o braku przeciwwskazań do podjęcia dodatkowego zatrudnienia lub zajęć zarobkowych. Dodatkowe zatrudnienie lub zajęcie zarobkowe może być wykonywane wyłącznie w czasie wolnym od pracy w MRR z zastrzeżeniem innych przepisów oraz umów i porozumień, których stroną jest Minister Rozwoju Regionalnego lub dyrektor generalny.*

Ponadto, podjęcie dodatkowego zatrudnienia lub zajęć zarobkowych nie może kolidować z zadaniami realizowanymi na rzecz Ministerstwa oraz może zachodzić konflikt pomiędzy interesem publicznym i prywatnym.

Wykonawca - konsorcjum BBF w oświadczeniu z 20 stycznia 2014 r. wskazał, że osobą, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia pełniąc funkcję Kierownika Zespołu jest p. (...), którym konsorcjum BBF dysponuje na podstawie umowy zlecenia.

Nawet jeśli przyjąć, że informacja ta jest prawdziwa, to wykonywanie funkcji Kierownika Zespołu przez p. (...) - członka korpusu służby cywilnej i pracownika Ministerstwa - nie będzie w ogóle możliwe lub będzie uzależnione od spełnienia przez niego warunków wynikających z Ustawy o służbie cywilnej oraz zarządzenia Dyrektora Generalnego Ministerstwa.

Należy wskazać, że przedmiot zamówienia jest współfinansowany w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko i jest bezpośrednio nadzorowany przez Ministerstwo, w szczególności przez Departament Programów Infrastrukturalnych. Departament ten - jak wynika z publicznej informacji zamieszczonej na stronach Ministerstwa - *odpowiada za realizację zadań wynikających z pełnienia przez Ministra funkcji instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym infrastruktura i Środowisko 2007-2013 (PO IiŚ) oraz funkcji Instytucji Zarządzającej Strategią wykorzystania Funduszu Spójności Departament pełni rolę wiodącą w zakresie ogólnego zarządzania i koordynacji priorytetów i działań w ramach PO IiŚ, a także nadzorowania i koordynowania realizacji PO IiŚ.*

Tym samym, p. (...) nie może jednocześnie pełnić istotnej funkcji w projekcie jaką jest Kierownik Zespołu w ramach prac dla Zamawiającego, tj. ZUT (beneficjenta) i równocześnie być pracownikiem Ministerstwa, tj. instytucji, która *odpowiada za realizację zadań wynikających z pełnienia przez Ministra funkcji Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko 2007- 2013 (PO IiŚ)*, czyli *de facto* podmiotu kontrolującego beneficjenta. Stanowi to ewidentny i nieusuwalny konflikt interesów.

Działanie to, tj. zatrudnienie osoby pozostającej w konflikcie interesów może stanowić istotną przesłankę do ewentualnego uznania wydatkowanych przez beneficjenta (ZUT) środków europejskich za niekwalifikowane i w konsekwencji prowadzić do ich utraty.

W konsekwencji, przedstawienie przez konsorcjum BBF osoby p. (...) nie potwierdza spełniania warunku opisanego w pkt. 10.1 -d) SIWZ. Udostępnienie to nie ma bowiem charakteru realnego i nie daje rzeczywistej możliwości wykorzystania osoby p. (...) w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, Udostępnienie to jest zatem w tym kontekście wyłącznie pozorne. Oznacza to, że konsorcjum BBF nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym, że konsorcjum BBF był już raz wzywany do uzupełnienia oferty w tym zakresie, nie jest możliwe ponowne wezwanie go do uzupełnienia oferty w tym samym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum BBF, która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu.

Zdaniem odwołującego oferta konsorcjum BBF nie spełnia warunków wymaganych przez 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp i powinna zostać odrzucona na podstawie 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako, że konsorcjum BBF nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w s.i.w.z. pkt. 10 w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (Kierownik Projektu). Tym samym, zamawiający wybierając ofertę konsorcjum BBF jako najkorzystniejszą w postępowaniu naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem oferta konsorcjum BBF powinna podlegać odrzuceniu, a drugą w kolejności ważną ofertą z najwyższą liczbą punktów jest oferta odwołującego, i to właśnie ta oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 45 ust. 2 pkt g 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. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.) („Dyrektywa Klasyczna”) oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum BBF odrzucenia na tej podstawie złożonej przez konsorcjum BBF oferty, ze względu na podanie nieprawdziwych informacji, które wprowadziły zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia przez konsorcjum BBF warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący założył, że konsorcjum BBF, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt. 10 pkt 1 b) s.i.w.z. posłużył się

doświadczeniem BBF w zakresie realizacji usług w ramach Projektu, z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, iż podanie przez konsorcjum BBF takich informacji miało lub potencjalnie mogło mieć wpływ na wyniki postępowania, a tym samym konsorcjum BBF powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. W świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, interpretacja wskazanej przesłanki powinna być związana z art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy Klasycznej. Do takiego wniosku prowadzi orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), zgodnie z którym interpretując przepisy krajowe wydane w celu transpozycji postanowień dyrektyw Unii Europejskiej, należy kierować się tzw. prounijną wykładnią prawa. Stosując prawo krajowe należy więc dokonywać jego wykładni w świetle treści i celu dyrektyw, dla osiągnięcia zakładanego przez nie rezultatu (sprawa C-14/83 Von Colson I Kamman, C-106/89 Marleasing, C-241/06 Lammerzhaf).

Ze wskazanego przepisu Dyrektywy Klasycznej wynika, że z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. Ocena tego czy błąd ma charakter poważny czy też nie, zależy od zamawiającego, który powinien jednak jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników, takich jak przykładowo wpływ błędu na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania przetargowego.

W ocenie odwołującego nie sposób uznać, iż profesjonalny podmiot za jaki uważa się konsorcjum BBF, mając pełną świadomość rodzaju, czasu rozpoczęcia oraz zakresu usług świadczonych na rzecz Mott MacDonald mógł uznać nieświadomie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące wykonywania usługi doradztwa polegającego na analizie uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz przygotowaniu założeń i struktury projektu o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 100.000.000,00 (słownie: sto milionów) PLN brutto każdy, w ramach których została zawarta co najmniej jedna umowa w partnerstwie publiczno-prywatnym lub o koncesji. Z treści dokumentów powołanych w pkt. 1 niniejszego odwołania jasno wynika, iż konsorcjum BBF, z uwagi na datę rozpoczęcia świadczenia usług podwykonawczych dla Mott MacDonald jak również z uwagi na zakres wykonywanych zadań (co wynika z protokołów odbioru) w ramach Projektu nie spełniała warunku opisanego w SIWZ, Przywołane dokumenty w sposób pewny potwierdzają, iż złożone przez konsorcjum BBF informacje nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistym (obiektywnym) stanie faktycznym. W rezultacie podana przez konsorcjum BBF informacja (o ile znajdzie to potwierdzenie w ofercie konsorcjum BBF) jest niezgodna ze stanem rzeczywistym a zatem wprowadziła ona zamawiającego w błąd, a z uwagi na swój charakter



dotyczący warunków udziału w postępowaniu, taka informacja miała lub mogła mieć niewątpliwie wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, konsorcjum BBF powinno zostać na tej podstawie wykluczone z postępowania a jego oferta odrzucona.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, pozostawiając przedmiotowe rozstrzygnięcie pod ocenę Izby.

Przystępujący podał, że nie zgadza się z zarzutami odwołującego, gdyż w jego ocenie zarzuty odwołania są wynikiem niewłaściwej interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto przystępujący wskazał, iż brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, rozumiany jako brak możliwości zawarcia ważnej umowy o wykonanie zamówienia, stanowi o braku zasadności (przesłankę materialną) odwołania wnosząc o jego oddalenie. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia według art. 179 ust. 1 ustawy Pzp to możliwość zawarcia umowy z zamawiającym.

W ocenie przystępującego kluczową przesłanką określającą brak uprawnienia podmiotu do złożenia odwołania jest nieposiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Przystępujący wskazał, że odwołujący nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy w niniejszym postępowaniu, gdyż jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp jako niezgodna z ustawą. Sprzeczność z ustawą oferty złożonej przez odwołującego dotyczy tej części oferty, w której zamierza on świadczyć usługi inne niż świadczenie pomocy prawnej, co jest jednoznacznie zabronione w art. 4a ust. 2 ustawy o adwokaturze i art. 8 ust. 2 ustawy o radcach prawnych, które to jednobrzmiące, zarówno dla adwokatów jak i dla radców prawnych, przepisy zabraniają spółkom komandytowym adwokatów i radców prawnych prowadzenia działalności jakiegokolwiek innej niż świadczenie pomocy prawnej. Jak zaś wynika z ogłoszenia o niniejszym zamówieniu jego przedmiotem jest świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usług doradztwa prawnego, technicznego i finansowo-ekonomicznego w przygotowaniu i realizacji procesu wyboru partnera prywatnego dla projektu „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”. Jeśli tak to w ofercie spółki komandytowej adwokatów i radców prawnych złożonej przez odwołującego zobowiązuje się ona do świadczenia usług, których świadczyć nie ma prawa i taka oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą. Oczywiście jest też, że w świetle cytowanych wyżej przepisów ustawy o adwokaturze i ustawy o radcach prawnych w związku z treścią art. 58 § 1 kodeksu cywilnego nie ma możliwości zawarcia przez odwołującego ważnej umowy z zamawiającym, gdyż umowa taka była by nieważna jako sprzeczna z ustawą. Powyższe potwierdza także wpis zakresu prowadzonej działalności w rejestrze przedsiębiorców KRS. Jeśli tak, to niezależnie od tego czy zamawiający wykonał

już wymagane ustawą pzp czynności i odrzucił niezgodną z ustawą ofertę, czy jeszcze tego nie uczynił, Izba oceniając przesłanki odrzucenia odwołania z wyżej wskazanego powodu może dokonać samodzielnie oceny czy odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony ze względu na brak interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1. ustawy Pzp.

Przystępujący wskazał, że nie ma wątpliwości, że zamawiający jest zobowiązany do stosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 na każdym etapie postępowania i w odniesieniu do każdej złożonej oferty, gdyż jest to przepis bezwzględnie obowiązujący. W ocenie przystępującego przesłankowa ocena powyższych okoliczności przez Izbę na etapie badania interesu odwołującego jest uzasadniona zasadą koncentracji postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

W ocenie Izby prawidłowe wykonanie usługi pomocy prawnej na rzecz klienta wymaga niejednokrotnie zaangażowania ekspertów z innych dziedzin, np. biegłych lekarzy (w procesach o odszkodowania za błąd w sztuce lekarskiej), księgowych (przy obliczaniu wysokości szkody), finansistów (przy konstruowaniu umów inwestycyjnych) itd. W szczególności radcowie prawni (jak i adwokaci) mogą zawierać z przedstawicielami innych specjalności umowy cywilnoprawne typu konsorcjalnego (gdzie nierzadko klient domaga się wprowadzenia zasady odpowiedzialności solidarnej uczestników konsorcjum bądź też wymóg solidarności wynika z regulacji prawnej), mogą być podwykonawcami tych innych specjalistów, bądź też ci inni specjaliści mogą być podwykonawcami radców prawnych lub adwokatów.

Jak wynika z powyższych rozważań, kancelaria prawnicza działająca w formie spółki osobowej może być stroną umowy, które przewiduje, obok świadczenia pomocy prawnej, także świadczenie usług nie stanowiących pomocy prawnej, jeżeli te inne usługi zostaną powierzone podwykonawcom kancelarii reprezentującym inne specjalności. Takie działanie nie narusza przepisu art. 8 ust. 2 ustawy o radcach prawnych, czy też art. 4a ust. 2 ustawy o adwokaturze.

Izba wskazuje, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie na rzecz zamawiającego usług doradztwa prawnego, technicznego i finansowo-ekonomicznego w przygotowaniu i realizacji procesu wyboru partnera prywatnego dla projektu „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”.

Zamawiający w s.i.w.z. odnośnie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazał, że wykonawca winien wykazać, że w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał lub wykonuje należycie co najmniej dwie usługi doradztwa, polegające na analizie uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz przygotowaniu założeń i struktury projektu o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 100.000.000,00 (słownie: sto milionów) PLN brutto każdy, w ramach których została zawarta co najmniej jedna umowa w partnerstwie publiczno-prywatnym lub o koncesji (pkt 10.1.b s.i.w.z.).

Przystępujący w swojej ofercie podał dwie usługi, zgodnie z żądaniem zamawiającego (strona 54 i 55 oferty).

Z uwagi na okoliczność, iż informacje powyższe zostały skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba w sposób ogólny odniesie się do zarzutu odwołującego w tym zakresie.

Na wstępie Izba wskazuje, że z treści warunku opisanego przez zamawiającego, dotyczącego wiedzy i doświadczenia wynika, iż przedmiotem wykazywanych usług miało być potwierdzenie, że wykonawca w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał lub wykonuje należycie co najmniej dwie usługi doradztwa, polegające na analizie uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz przygotowaniu założeń i struktury projektu o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 100.000.000,00 (słownie: sto milionów) PLN brutto każdy, w ramach których została zawarta co najmniej jedna umowa w partnerstwie publiczno-prywatnym lub o koncesji.

W ocenie Izby, z treści omawianego warunku nie sposób wywieść, jak to czyni odwołujący, aby referencyjna działalność doradcza prowadziła do zawarcia umowy o wartości co najmniej 100 milionów zł, gdyż wskazywana w tym warunku wartość nakładów inwestycyjnych odnosi się do wartości projektu, w ramach którego realizowane były usługi, a nie wartości umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym lub koncesji, która została zawarta w ramach tego projektu. W konsekwencji powyższego ustalenia stwierdzić należało, że wystarczy, że wykonawca wykaże, że wykonywał/wykonuje analizy uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz przygotował/przygotowuje założenia i strukturę takiego projektu niezależnie od tego jakiej wartości umowę zawarto, byleby wartość całego projektu przekraczała 100 milionów zł.

Ponadto prawidłowa interpretacja wspomnianego warunku prowadzi do uznania, że bez znaczenia jest czy wymagana umowa została zawarta w trakcie świadczenia usług, czy po ich zakończeniu, a nawet przed ich rozpoczęciem, ponieważ zamawiający nie określił w warunkach udziału takiego szczegółowego wymogu. Wykonawca, tym samym, nie ma obowiązku odnosić swojego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału i składanego

wykazu wykonanych usług do idealnego, w ocenie odwołującego, zakresu usługi, gdyż ocenie podlegają warunki udziału w postępowaniu sformułowane przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc tym samym pod ocenę wykazywane przez przystępującego usługi, z uwzględnieniem prezentowanej wyżej wykładni treści warunku opisanego przez zamawiającego, jak też dowody zgłoszone przez przystępującego, w szczególności opierając się o oświadczenie Pełnomocnika ds. realizacji Projektu Systemu gospodarki odpadami (...) z dnia 13 lutego 2014 roku (dowód przystępującego) Izba stwierdziła, że przystępujący wykazał spełnienie rzeczonoego wyżej warunku. Jak wynika bowiem z treści wspomnianego oświadczenia spółka BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu od dnia 1 października 2012 roku wykonuje usługi doradztwa, obejmujące między innymi analizę uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz przygotowanie założeń i struktury systemu gospodarki odpadami.

Na szczególną uwagę zasługuje bowiem fakt, iż zamawiający opisując sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie posłużył się sformułowaniami, które identyfikowałyby sposób wykonywania usługi od początku prowadzenia projektu do jego zakończenia, tj. sfinalizowaniem poprzez podpisanie umowy PPP. Tym samym, w ocenie Izby wystarczającym jest, aby spełnić stawiany przez zamawiającego warunek, uczestnictwo podmiotu (wykonawcy), na którymkolwiek etapie realizowanej usługi w sposób, który udowodniałby, że wykonawca ten wykonywał lub wykonuje określony przedmiotowo zakres usług w projekcie o wartości minimum 100 milionów złotych. Przystępujący, w ocenie Izby dostatecznie udowodnił, że doradzał i doradza w zakresie przygotowanie założeń i struktury projektu, które wymagały i wymagają ciągłych aktualizacji, niezależnie od faktu zawarcia umowy z partnerem prywatnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że zarzut odwołującego, dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niezasadny.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut odwołującego dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w omawianym zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), gdyż brak jest podstaw do wzywania przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń, ponieważ dokumenty złożone wraz z ofertą potwierdzają spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut powyższy jest bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia żądał od wykonawców wykazania, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował przy realizacji zamówienia zespołem składającym się z co najmniej dziewięciu osób. Zespół winien składać się co najmniej z Kierownika Zespołu (koordynatora), posiadającego wykształcenie wyższe, biegle posługującego się językiem polskim w mowie i piśmie, który w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert kierował co najmniej 1 zespołem doradców, a zespół ten przygotował analizy uwarunkowań prawnych, ekonomicznych i finansowych oraz założenia i strukturę projektu o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 100.000.000,00 (słownie: sto milionów) PLN brutto, w zakresie wyboru partnera prywatnego lub koncesjonariusza, które doprowadziły do sukcesu inwestycyjnego, tj. zawarcia umowy w partnerstwie publiczno-prywatnym lub o koncesji.

Przystępujący w swojej ofercie przedstawił stosowną osobę, która jednakże, w wyniku działań zamawiającego, tj. wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), a następnie uzupełnienia brakującego dokumentu lub oświadczenia (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), została zmieniona na inną osobę.

Z uwagi na okoliczność, iż powyższe informacje zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesienie się do zarzutu w sposób ogólny, które tej tajemnicy nie będzie naruszać.

W ocenie Izby, z dowodów przedłożonych przez przystępującego, a w szczególności z referencji z dnia 16 stycznia 2014 roku oraz referencji z dnia 23 stycznia 2014 roku (załączonych do pisma procesowego przystępującego z dnia 14 lutego 2014 roku), bezspornie wynika, że osoba wskazana przez przystępującego spełnia opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jak wynika bowiem z ww. referencji, osoba wskazana przez przystępującego, której kwalifikacje były przedmiotem oceny zamawiającego, kierowała zespołem doradców, a doradztwo realizowane przez zespół kierowany przez tę osobę doprowadziło do sukcesu inwestycyjnego, tj. do podpisania umowy PPP.

Tym samym warunek udziału w postępowaniu został przez przystępującego spełniony, w związku z czym zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny.

Konsekwencją powyższych ustaleń jest uznanie, że pozostałe zarzuty odwołującego uznać należało za bezzasadne. Izba wskazuje, że zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, równo traktując wszystkich wykonawców (art. 7 ustawy Pzp), a tym samym

wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z poszanowaniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby nie doszło również do naruszenia wskazywanego przez odwołującego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 45 ust. 2 pkt g 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, gdyż przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ, jak to wcześniej zostało wykazane nie podał nieprawdziwych informacji. Powyższy zarzut w ocenie Izby nie został przez odwołującego udowodniony, a wywodzony jest jedynie z błędnej interpretacji warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....