

Sygn. akt: KIO 1305/15

## WYROK

z dnia 30 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **ITTI sp. z o.o. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inqubator sp. z o.o. w Warszawie, PHU Telsat G. K. w Gryficach, InfoStrategia A. S. i Wspólnicy sp. j. w Krakowie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt III.2.3) B. lit. c) ogłoszenia o zamówieniu z tego powodu, że wykonawcy ci nie udowodnili zamawiającemu, iż będą dysponowali zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, wymienionego w pkt 10 wykazu usług, w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia ani że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża **Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie** i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **ITTI sp. z o.o. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie** na rzecz wykonawcy **ITTI sp. z o.o. w Poznaniu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 - Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie - prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przygotowanie ram do projektowania i wdrażania rozwiązań ITS opartych na Europejskiej Ramowej Architekturze ITS FRAME dla beneficjentów pomocy finansowej UE”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2014 r., nr 2014/S 247-436758.

W dniu 12 czerwca 2015 r. zamawiający przesłał wykonawcy ITTI sp. z o.o. w Poznaniu, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z zawiadomienia tego wynikało m.in., że zamawiający uznał, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Inqubator sp. z o.o. w Warszawie, PHU Telsat G. K. w Gryficach, InfoStrategia A. S. i Wspólnicy sp. j. w Krakowie, zwani dalej „konsorcjum Telsat”, wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 20 czerwca 2015 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na zmianie decyzji co do wykluczenia konsorcjum Telsat z udziału w postępowaniu i czynności dopuszczenia tego konsorcjum do drugiego etapu dialogu konkurencyjnego mimo istnienia podstaw do wykluczenia konsorcjum z postępowania,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia konsorcjum Telsat z udziału w postępowaniu, mimo że konsorcjum to nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 60d ust. 2-4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zmianę decyzji w sprawie wykluczenia konsorcjum Telsat z udziału w postępowaniu i dopuszczenie konsorcjum do drugiego etapu dialogu konkurencyjnego mimo istnienia podstaw do wykluczenia konsorcjum z postępowania,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Telsat z udziału w postępowaniu mimo że konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca powołujący się na zewnętrzne zasoby musi udowodnić dysponowanie tymi zasobami. Wywiódł, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie wskazuje

się, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich, a zwłaszcza wiedzę i doświadczenie, powinno być dopuszczalne tylko jeśli wykonawca realnie dysponuje tymi zasobami. Realne dysponowanie wiedzą i doświadczeniem musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w odpowiedniej formie - czy to podwykonawcy, czy to konsultanta - adekwatnie do przedmiotu danego zamówienia i warunku udziału w postępowaniu. Inaczej bowiem niż wiedza, którą da się zdobyć z literatury czy przez udział w szkoleniach, doświadczenie z istoty nie może być teoretyczne, a zatem nie da się go „udostępnić” bez praktycznego udziału w realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, taka wykładnia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest w pełni spójna zarówno z literalnym brzmieniem tego przepisu, jak i z jego funkcją, ponieważ umożliwia zwiększenie konkurencyjności postępowań przy jednoczesnym zapewnieniu, że zamówienie będzie realizowane przez podmiot faktycznie zdolny do jego wykonania. Ma także oparcie w prawie europejskim. Już w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 2 grudnia 1999 r. w sprawie Holst Italia wskazano, iż zamawiający ma obowiązek zweryfikowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i upewnienia się, że „zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia”. Także art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (tzw. nowej dyrektywy klasycznej) przesądza, że „w odniesieniu do kryteriów (...) dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie, do których takie zdolności są niezbędne”. W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji zamawiający twierdzi, że obowiązek przedkładania dokumentów podmiotowych dotyczy tylko przypadku, gdy podmiot udostępniający zasoby ma pełnić rolę podwykonawcy. Stanowisko to nie ma uzasadnienia w treści obowiązujących przepisów. Przede wszystkim, wbrew stanowisku zamawiającego, użytego w §3 ust. 4 rozporządzenia pojęcia „udziału w realizacji części zamówienia” nie można utożsamiać z pojęciem podwykonawstwa. Termin „podwykonawca” jest pojęciem języka prawnego, którym ustawa — Prawo zamówień publicznych posługiwała się od chwili wejścia w życie (obecnie jest używane np. w art. 2 pkt 9b pzp, art. 36a pzp, art. 36b pzp, art. 143a-143d pzp). Nie został jednak użyty ani w art. 26 ust. 2b pzp, ani w §3 ust. 4 rozporządzenia. Tym samym, wbrew sugestiom zamawiającego, wyniki wykładni literalnej potwierdzają, że termin użyty w §3 ust. 4 rozporządzenia jest szeroki i obejmuje także inne niż podwykonawstwo formy udziału w realizacji zamówienia. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawcy powołujący się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich mających zostać podwykonawcami, podlegaliby dodatkowej kontroli, z uwagi na obowiązek przedłożenia dokumentów podmiotowych dla danego podwykonawcy. Natomiast wykonawcy korzystający z zasobów podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i

doświadczenia w sposób zakładający inny udział takiego podmiotu w realizacji zamówienia nie mieliby podlegać weryfikacji. Innymi słowy, skorzystanie z najbardziej realnej i najdalej idącej formy udostępnienia zasobów (podwykonawstwa) stawiałoby wykonawcę w gorszej sytuacji, niż skorzystanie ze sposobu opierającego się na mniejszym zaangażowaniu podmiotu trzeciego (udział w realizacji zamówienia w roli konsultanta). Taki stan rzeczy byłby nie do pogodzenia ani z dosłownym brzmieniem przepisów o korzystaniu z zasobów podmiotów trzecich, ani z ich funkcją, ani tym bardziej z zasadą równego traktowania wykonawców. Odwołujący podniósł, że w treści odwołania z 8 maja 2015 r. konsorcjum Telsat wprost wskazało, że „podmiot udostępniający zasoby ma wziąć udział w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta” (s. 10 odwołania). Trudno taką deklarację rozumieć inaczej, niż jako wskazanie, że dojdzie do wzięcia udziału w realizacji części zamówienia o którym mowa w § 3 ust. 4 rozporządzenia. Bez znaczenia przy tym jest okoliczność (powoływana w odwołaniu z 8 maja 2015 r. i pośrednio zaakceptowana przez zamawiającego w zaskarżonym rozstrzygnięciu), że konsorcjum Telsat częściowo powołuje się na zasoby podwykonawców sensu stricto. Wynika z tego tylko tyle, że część podmiotów udostępniających zasoby będzie mocniej zaangażowana w wykonywanie zamówienia. Nie zmienia to jednak okoliczności, że podmiot mający być konsultantem także będzie brał udział w realizacji zamówienia. Gdyby z kolei uznać, że podmiot udostępniający zasoby na rzecz konsorcjum Telsat ma być konsultantem, który nie weźmie udziału w realizacji zamówienia w rozumieniu §3 ust. 4 rozporządzenia, oznaczałoby to, że w ogóle nie dojdzie do realnego udostępnienia wiedzy i doświadczenia. W takim wypadku trudno bowiem uznać, że „udział w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta” (sformułowanie użyte w odwołaniu z 8 maja 2015 r.) miałby przełożenie na faktyczne udostępnienie zasobów, pozwalających wykazać spełnienie warunku, który ma weryfikować zdolność do organizacji szkoleń, warsztatów, konferencji lub seminariów dla znacznej liczby (minimum 500) uczestników. Tym samym, pierwotne rozstrzygnięcie zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum Telsat było w pełni zgodne z prawem i zostało zmienione bezpodstawnie.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 12 czerwca 2015 r. obejmującej: unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum Telsat z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny wniosku konsorcjum Telsat, a także uznanie, że konsorcjum Telsat nie podlega wykluczeniu i podlega dopuszczeniu do dalszego etapu dialogu konkurencyjnego,
- 2) wykluczenia konsorcjum Telsat z postępowania oraz zaproszenia do udziału w dialogu konkurencyjnym odwołującego oraz wykonawcy Śląska Sieć Metropolitarna sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum Telsat, wezwanie zamawiającego z 30 marca 2015 r. skierowane do konsorcjum Telsat o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, odpowiedź konsorcjum Telsat na ww. wezwanie z 7 kwietnia 2015 r. wraz z załącznikami, pismo zamawiającego z 16 kwietnia 2015 r. do zleceniodawcy usługi wymienionego w pkt 11 wykazu usług złożonego przez konsorcjum Telsat przy piśmie z 7 kwietnia 2015 r., odpowiedź ww. zleceniodawcy z 28 kwietnia 2015 r., informacja zamawiającego o wynikach oceny spełnienia warunków z 29 kwietnia 2015 r., odwołanie konsorcjum Telsat z 8 maja 2015 r., postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 15 maja 2015 r. sygn. KIO 948/15 o zwrocie ww. odwołania, zawiadomienie zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków z 12 czerwca 2015 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:**

Zamawiający – Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przygotowanie ram do projektowania i wdrażania rozwiązań ITS opartych na Europejskiej Ramowej Architekturze ITS FRAME dla beneficjentów pomocy finansowej UE”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Stwierdzono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, zaś zamawiający uznał, że wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu obok dwóch innych wykonawców. Odwołujący kwestionował zaniechanie czynności wykluczenia jednego z tych wykonawców. Ustalenie, iż zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu oznaczałoby, że na późniejszym etapie odwołujący zmuszony byłby konkurować również z wykonawcą, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a który w przypadku złożenia oferty korzystniejszej może pozbawić odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp..

Ustalono, że w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia.

W pkt III.2.3) A. 1. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zastrzegł, że wykonawcy na potwierdzenie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zapewniającego wykonanie zamówienia powinni złożyć wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy – w tym okresie - potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należyście. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 4 (Wykaz głównych usług) do wzoru Wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu.

W pkt III.2.3) B. 1. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający postanowił, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia będzie spełniony przez Wykonawcę, jeżeli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) wykonał w sposób należyty architekturę IT, w ramach co najmniej 1 zamówienia realizowanego w projekcie o wartości min. 50 000 000 PLN brutto (dotyczy także projektów ITS);
- b) wykonał w sposób należyty co najmniej 1 zamówienie z zakresu ITS, o wartości minimum 500 000 PLN brutto;
- c) zorganizował i przeprowadził w sposób należyty szkolenia i/lub konferencje i/lub seminaria i/lub warsztaty łącznie dla minimum 500 uczestników.

W pkt IV. 1. 2) ogłoszenia o zamówieniu zastrzeżono, że do udziału w dialogu zostanie zaproszonych nie więcej niż 5 (pięciu) Wykonawców, którzy spełnią wszystkie warunki wymienione wyżej w treści niniejszego ogłoszenia.

W pkt VI. 3) 1. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający postanowił, 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.

Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26. ust. 2b ustawy Pzp, Zamawiający w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami tych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda przedstawienia:

1) (...),

2) 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 pkt VI.3) 2. Zamawiający postanowił, że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (określonych w Sekcjach III.2.2) i III.2.3) niniejszego ogłoszenia), polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Sekcji III.2.1) C pkt 1–6 i D niniejszego ogłoszenia.

Ustalono także, że do upływu terminu składania wniosków, swój wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło m.in. konsorcjum Telsat. Celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, złożyło wykaz doświadczenia (głównych usług), s. 147 wniosku.



Celem wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt III.2.3) B. 1. lit. c) ogłoszenia o zamówieniu (to jest wiedzy i doświadczenia wynikającej z ze zorganizowania i przeprowadzenia w sposób należyty szkoleń i/lub konferencji i/lub seminariów i/lub warsztatów łącznie dla minimum 500 uczestników) powołało się na wiedzę i doświadczenie opisane w wierszach 8 – 10 tego wykazu.

Konsorcjum Telsat w pkt 8 wykazu powołało się na wiedzę i doświadczenie własne polegające na zorganizowaniu i przeprowadzeniu szkolenia dla 120 uczestników na rzecz powiatu limanowskiego. Do wykazu załączono dokument referencyjny zleceniodawcy. Ww. zasób nie był kwestionowany.

Konsorcjum Telsat w pkt 9 wykazu powołało się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, na którego zasobie wiedzy i doświadczenia polegało w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Złożyło dokument referencyjny (s. 139 wniosku) jak również zobowiązanie ww. podmiotu (s. 130 wniosku). Jak wynikało z treści zobowiązania ww. podmiotu z 18 stycznia 2015 r. (załącznik do pisma konsorcjum Telsat z 7 kwietnia 2015 r.) podmiot ten miał być podwykonawcą konsorcjum w trakcie realizacji zamówienia. Ww. zasób wiedzy i doświadczenia nie był przez odwołującego kwestionowany. Treść szczegółowych informacji odnośnie tego zasobu i podmiotu go udzielającego została zastrzeżona przez konsorcjum Telsat jako tajemnica jego przedsiębiorstwa. Zatem szczegóły odnośnie tego zasobu nie zostaną przedstawione.

Konsorcjum Telsat w pkt 10 wykazu powołało się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, na którego zasoby wiedzy i doświadczenia polegało w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Złożyło dokument referencyjny (s. 138 wniosku) jak również zobowiązanie ww. podmiotu do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia (s. 131 wniosku). Treść szczegółowych informacji odnośnie tego zasobu i podmiotu go udzielającego została zastrzeżona przez konsorcjum Telsat jako tajemnica jego przedsiębiorstwa. W odwołaniu z 8 maja 2015 r. ujawnił on jednak, że ww. podmiot zobowiązał się do wzięcia udziału w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta. Pozostałe szczegóły odnośnie tego zasobu nie zostaną przedstawione. Treść ww. zasobu była kwestionowana przez odwołującego.

Ustalono także, że zamawiający w piśmie z 30 marca 2015 r. skierowanym do konsorcjum Telsat wskazał, że złożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia z pkt VI.2.3. B. 1 lit. c ogłoszenia. Wywiódł, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, którego zasoby wymieniono w wierszu 10 wykazu, zostało złożone jedynie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Ponadto wywiódł, że z treści zobowiązania tego podmiotu wynika, że zobowiązuje się on do wzięcia udziału w realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt VI.3 pkt 2 ogłoszenia, *jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp*

(określonych w Sekcjach III.2.2) i III.2.3) niniejszego ogłoszenia), polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Sekcji III.2.1) C pkt 1–6 i D niniejszego ogłoszenia. Wobec powyższego zamawiający zażądał uzupełnienia ww. dokumentów. W tym samym piśmie zamawiający wskazał także, że konsorcjum nie dowiodło realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, którego wiedzę i doświadczenie wymieniono w wierszu 9 wykazu. Wezwał do uzupełnienia dokumentów w taki sposób, aby potwierdzały spełnienie warunku.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie konsorcjum Telsat złożyło pismo z 7 kwietnia 2015 r. Uzupełniło oryginały zobowiązań podmiotów trzecich, których zasoby wymieniono w wierszu 9 i 10 wykazu usług. Odnośnie wezwania do uzupełnienia dokumentów wymienionych w Sekcji III.2.1) C pkt 1–6 i D ogłoszenia dla podmiotu trzeciego, wymienionego w wierszu 10 (tzw. dokumenty podmiotowe podmiotu trzeciego), konsorcjum Telsat wskazało, że podmiot ten zobowiązał się do wzięcia udziału w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta. Wywiódł, że podmiot ten nie będzie podwykonawcą, a zdaniem konsorcjum tylko wtedy istniał obowiązek złożenia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego. Odnośnie wezwania do wykazania realności polegania na zasobie podmiotu trzeciego, wymienionego w wierszu 9 wykazu, konsorcjum Telsat wyjaśniło, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Złożyło dokumenty podmiotowe podmiotu trzeciego.

Ponadto konsorcjum Telsat, z ostrożności, złożyło wykaz usług, w którym w wierszu 11, powołało się dodatkowo na wiedzę i doświadczenie jeszcze innego podmiotu trzeciego. Wskazało, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Złożyło zobowiązanie ww. podmiotu, dokument referencyjny wystawiony przez zleceniodawcę oraz dokumenty podmiotowe podmiotu trzeciego.

Treść ww. dokumentów została również zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zatem szczegóły zasobu nie zostaną przedstawione.

Ustalono także, że 16 kwietnia 2015 r. zamawiający zwrócił się do zleceniodawcy usługi wymienionej w wierszu 11, celem wyjaśnienia czy zleceniodawca ocenia, że usługi te zostały wykonane należycie. W odpowiedzi na ww. pismo zleceniodawca w piśmie z 28 kwietnia 2015 r. oświadczył, że jakość usług nie spełniała jego standardów, a współpraca z podmiotem trzecim wymagała stałego nadzoru.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 29 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pismem tym wykluczył konsorcjum Telsat z postępowania uznając, że nie wykazało ono

spełnienia warunku z pkt VI.2.3. B. 1 lit. c ogłoszenia. W uzasadnieniu wskazano, że konsorcjum Telsat nie uzupełniło tzw. dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego, o którym mowa w wierszu 10 wykazu. Zamawiający wskazał także, że usługi wymienione w wierszu 11 wykazu nie zostały wykonane należycie. W tej sytuacji zamawiający argumentował, że może uznać jedynie wiedzę i doświadczenie wymienione w wierszach 8 i 9 wykazu, co jednak jest niewystarczające dla wykazania warunku.

Ustalono także, że 8 maja 2015 r. konsorcjum Telsat wniosło odwołanie wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Postanowieniem Prezesa Izby z 15 maja 2015 r. sygn. akt KIO 948/14 odwołanie to zostało zwrócone z powodu nieusunięcia w terminie braków formalnych.

Ustalono również, że 12 czerwca 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o tym, iż unieważnił czynność wykluczenia konsorcjum Telsat z postępowania, powtórzył czynność badania i oceny wniosku złożonego przez to konsorcjum w zakresie warunku z pkt VI.2.3. B. 1 lit. c ogłoszenia i że uznał, że konsorcjum wykazało spełnienie tego warunku. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że kierując się literalną wykładnią przepisu § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, konsorcjum Telsat nie miało obowiązku składania tzw. dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego. Wskazał, że jedynie bezpośredni udział w realizacji zamówienia (w charakterze podwykonawcy) wiąże się z koniecznością składania tych dokumentów.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Za zasadny uznano zarzut dotyczący niewykazania zamawiającemu, że konsorcjum Telsat w trakcie realizacji zamówienia będzie rzeczywiście i faktycznie dysponowało zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego wymienionego wykazie usług w wierszu 10.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego, że rozpatrywany zarzut jest spóźniony. Istotnie pismem z 29 kwietnia 2015 r. zamawiający pierwotnie wykluczył konsorcjum Telsat z postępowania, co było zgodne z interesem odwołującego. Jednakże zamawiający w dniu 12 czerwca 2015 r. unieważnił swą czynność i dokonał ponownej czynności oceny wniosków, czym zniósł skutki pierwotnej czynności. W wyniku powtórzonej czynności oceny wniosków zamawiający uznał, że konsorcjum Telsat wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co godziło w interes odwołującego. Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w

analizowanej sprawie przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Ponieważ zamawiający w dniu 12 czerwca 2015 r. dokonał nowej czynności w postępowaniu, o czym poinformował odwołującego pocztą elektroniczną, to termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności wykluczenia konsorcjum Telsat rozpoczął bieg w tej dacie i wobec wniesienia środka ochrony prawnej 20 czerwca 2015 r., został dochowany. W konsekwencji Izba rozpoznała zarzut merytorycznie.

Izba stwierdziła, że zamawiającemu nie złożono takich dowodów, które umożliwiały ustalenie, że konsorcjum Telsat zapewniło sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego (wymienionego w wierszu 10 wykazu) w trakcie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu. O tym, że takiemu właśnie celowi mają służyć ww. dowody świadczy treść § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. poz. 231). O tym, że takiemu właśnie celowi mają służyć dowody składane przez wykonawcę zamawiający wyraźnie informował także w pkt VI.3) 1 ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślić należy, że zamawiający w powoływanym postanowieniu jednoznacznie przesądził, że będzie ocenił czy wykonawca zapewnił sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu.

Zdaniem Izby zamawiający dokonał błędnej oceny realności udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, wymienionego w wierszu 10 wykazu.

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO *jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego*. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni pronunijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (*por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-*

*Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.*

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia pronijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, *Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE*).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednoczenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej ( etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, *Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE*).

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą”. W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona,

dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i w „przypadku konkretnego zamówienia”. Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”* *„Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.”* (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje. *„Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.”*

Izba stwierdziła, że konsorcjum Telsat nie zdołało udowodnić zamawiającemu, iż wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, wymienionego w wierszu 10 wykazu, wynikająca z faktu uprzedniego realizowania referencyjnej usługi znajdzie takie przełożenie na realizację zamówienia publicznego, że pomimo iż zamówienie to uzyska podmiot nie posiadający wymaganej wiedzy ani doświadczenia, to jednak będzie realizował je tak jak podmiot taką wiedzę i doświadczenie posiadający. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie można uznać niezwykle ogólnych fragmentów zobowiązania tego podmiotu sprowadzającego się de facto do jednego zdania, o uczestnictwie w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta (por. zobowiązanie, s. 131 wniosku). Treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantowała zamawiającemu choćby w minimalnym stopniu, że wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego znajdą jakiegokolwiek przełożenie na status konsorcjum Telsat. O ile można się zgodzić, że wiedzę teoretyczną w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp można spróbować przekazać przez konsultacje to jednak nie wiadomo, czy umówiony sposób przekazania tej wiedzy taki skutek zagwarantuje. W analizowanej sprawie nie wiadomo

jednak w ogóle, jak takie konsultacje będą się odbywać. Nie wiadomo, kto będzie przekazywał konsorcjum Telsat teorię na temat organizacji i przeprowadzania szkoleń (konferencji, seminariów, warsztatów). Nie wiadomo jak często owo konsultowanie będzie się odbywało i czy umówiona częstotliwość (sposób reakcji) zagwarantuje zamawiającemu, że w każdym przypadku gdy konsorcjum Telsat z powodu braku wiedzy nie będzie mógł zrealizować zamówienia, uzyskane wsparcie podmiotu trzeciego pozwoli na usunięcie wynikłych problemów. Zdaniem Izby owo wsparcie jeśli ma być wsparciem realnym i rzeczywistym musi mieć charakter ścisły i bieżący. Zamawiający w trakcie rozprawy wywodził, że dzięki wsparciu podmiotu trzeciego konsorcjum nie będzie samodzielnie wykonywało przykładowo takich czynności jak zamawianie sal, cateringu, materiałów szkoleniowych. Wywodził, że podmiot trzeci podpowie konsorcjum, gdzie należy składać zamówienia, jakie koszty oszacować, z kim rozmawiać, a z kim nie. Zdaniem Izby, wbrew stanowisku zamawiającego, z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynikało, aby podmiot trzeci zobowiązał się do wykonywania takich czynności.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz pkt VI.3.1 ogłoszenia o zamówieniu to konsorcjum Telsat miało udowodnić zamawiającemu realność polegania na zasobie podmiotu trzeciego. Zaś rolą zamawiającego w ślad za ww. postanowieniem jak również przepisem §1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów było ocenić, czy sposób wykorzystania zasobu, charakter tego stosunku, zakres i okres udziału w wykonywaniu zamówienia zagwarantuje przełożenie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego na sposób wykonywania zamówienia przez konsorcjum. Zdaniem Izby skrajnie lakoniczną, enigmatyczną treść zobowiązania w żaden sposób nie uprawniała zamawiającego do ustalenia, że realność polegania na zasobie została udowodniona w jakimkolwiek stopniu. Takich informacji próżno było szukać w treści zobowiązania podmiotu trzeciego.

Zdaniem Izby, skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści), przyzwolenie na handlowanie referencjami, bez udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej dyrektywy i jednoznacznym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Nie jest to bowiem „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy i powołanych wcześniej orzeczeniach TS UE. Według Izby przyjęcie wykładni prawa krajowego sprzecznej z prawem unijnym prowadzi do szeroko opisywanego w literaturze zjawiska handlu referencjami w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Zjawisko to prowadzi także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jak i przepisów prawa unijnego (por. art. 2 dyrektywy). Na równi traktowani są bowiem wykonawcy, którzy stosowną wiedzę i doświadczenie posiadają i ci którzy ich nie posiadają, nie zapewniając sobie jednocześnie na czas

wykonywania zamówienia realnego wsparcia podmiotu trzeciego, który może pochwalić się stosownym doświadczeniem. Prowadzi to do sytuacji, w której zamówienie realizowane jest przez wykonawcę, który nie posiada stosownej wiedzy i doświadczenia (czy to własnego, czy też zapewnionego), zaś wiedzę i doświadczenie nabywa dopiero w procesie realizacji zamówienia publicznego.

Tym niemniej Izba uznała żądanie wykluczenia konsorcjum Telsat za przedwczesne i nakazała wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Wzięto pod uwagę, że zamawiający, pomimo iż złożył mu ułomne zobowiązanie podmiotu trzeciego, to w dniu 30 marca 2015 r., kierując do konsorcjum wezwanie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spornego warunku, nie zakwestionował niewykazania realności polegania na zasobie podmiotu trzeciego. Zamawiający zakwestionował wprawdzie realność polegania na zasobie wiedzy i doświadczenia, ale dotyczyło to jedynie zasobu podmiotu trzeciego wymienionego w wierszu 9 wykazu. Natomiast w odniesieniu do zasobu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego wymienionego w wierszu 10 wykazu, zamawiający wezwał konsorcjum jedynie do uzupełnienia tzw. dokumentów podmiotowych tego podmiotu trzeciego oraz oryginału zobowiązania. Nie kwestionując realności polegania na zasobie tej firmy niejako upewnił konsorcjum, że opisany w zobowiązaniu sposób polegania na zasobie wiedzy i doświadczenia jest prawidłowy. Podkreślić należy, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest precyzyjne wezwanie do usunięcia wszystkich braków, które można było dostrzec, czemu jednak zamawiający nie sprostał. Tym samym wezwanie nakazane przez Izbę w wyroku będzie pierwszym w tym zakresie i nie naruszy zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dostrzec jednocześnie należy, że Izba pozostaje związana jedynie zarzutami odwołania, natomiast nie wiąże jej żądania stron. W tej sytuacji Izba nakazała zamawiającemu w pkt 1 wyroku wykonanie zaniechanej czynności wezwania.

Za chybiony uznano zarzut zaniechania czynności wykluczenia konsorcjum Telsat z powodu nieuzupełnienia tzw. dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego, wymienionego



w wierszu 10 wykazu. Jak wynikało z pkt VI.3 pkt 2 ogłoszenia, obowiązek złożenia tych dokumentów nie dotyczył każdego przypadku, gdy wykonawca wykazując spełnienie warunku polegał na zasobach innych podmiotów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający, w ślad za przepisem § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, przesądził, że obowiązek ten aktualizuje się jedynie wtedy, gdy podmiot ten będzie „brał udział w realizacji części zamówienia”. Zdaniem Izby analizowane sformułowanie wprost referuje do instytucji podwykonawstwa. Dostrzec należy, że w ustawie Pzp umowa o podwykonawstwo definiowana jest jako umowa dotycząca realizacji części zamówienia (por. art. 2 pkt 9b ustawy Pzp). Analogicznie w art. 36 a i 36 b ustawy Pzp ustawodawca opisując podwykonawstwo używa pojęcia „część zamówienia”. Nie bez znaczenia jest również akcentowanie uczestnictwa w „realizacji” zamówienia, a więc w jego wykonywaniu. Wbrew stanowisku odwołującego, również reguły wykładni celowościowej przemawiają za taką interpretacją omawianego postanowienia. Celem przepisu jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania rzetelności takiego podmiotu trzeciego, którego wiarygodność jest istotna z punktu widzenia realizacji zamówienia, skoro ma zostać mu powierzona do wykonania część przedmiotu zamówienia.

Jak wynikało z treści zobowiązania podmiotu trzeciego, wymienionego w wierszu 10 wykazu usług złożonego przez konsorcjum Telsat, ten podmiot trzeci nie będzie wykonywał żadnej części zamówienia. Z treści tego dokumentu wynikało, że podmiot ten miał świadczyć jedynie bliżej niesprecyzowane konsultacje dla wykonawcy. Wobec powyższego, nie zaktualizował się obowiązek złożenia dokumentów podmiotowych dla tego podmiotu. Zatem żądanie wykluczenia konsorcjum Telsat z analizowanego powodu okazało się niezasadne.

Zdaniem Izby, zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przez odwołującego przepisem, *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie ustawy*. Udzielenie zamówienia publicznego następuje z chwilą podpisania umowy w sprawie tego zamówienia. Zamawiający nie zawarł jeszcze umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie mógł naruszyć powoływanego przez odwołującego przepisu.

Według Izby, zamawiający nie naruszył art. 60d ust. 2-4 ustawy Pzp, gdyż nie zaprosił jeszcze konsorcjum Telsat do udziału w dialogu konkurencyjnym. Jak wynikało z zawiadomienia o wynikach oceny spełniania warunków z 12 czerwca 2015 r., zamawiający wskazał jedynie, że zaprosi konsorcjum Telsat do udziału w dialogu konkurencyjnym odrębnym pismem, po upływie terminu na wniesienie odwołania wobec czynności oceny wniosków.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający bezzasadnie uznał, że konsorcjum Telsat wykazało spełnienie spornego warunku i z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaniechał czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem potwierdzenia tego warunku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* Wobec powyższego nakazano zamawiającemu wykonanie czynności wezwania, którą miał obowiązek wykonać w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do zarzutów, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca

1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę "przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*.” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

**Przewodniczący:** .....