

Sygn. akt: KIO 2373/14

WYROK
z dnia 26 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2014 r. przez Odwołującego **Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Olsztyn**, Pl. Jana Pawła II Nr 1, 10-101 Olsztyn

przy udziale

wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „INSPEC” Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie**, ul. 1 Maja 6, 10-118 Olsztyn zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Olsztyn unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „INSPEC” Sp. z o.o. oraz nakazuje przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „INSPEC” Sp. z o.o. oraz WPUI Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanych cen.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Olsztyn i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Grontmij Polska Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego – Gminy Olsztyn na rzecz Odwołującego – Grontmij Polska Sp. z o.o. kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Olsztyn na *pełnienie usługi nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktami realizowanymi w ramach zadania pn.: „Budowa ul. Towarowej od skrzyżowania ul. Towarowej z ul. Leonharda do projektowanej obwodnicy Olsztyna wraz z przebudową ul. Lubelskiej na odcinku od skrzyżowania z ul. Stalową do zaprojektowanego węzła drogowego w ciągu obwodnicy w Olsztynie”* (nr postępowania: ZP.271.1.73.2014G), wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 13 listopada 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2373/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 09.09.2014 r., 2014/S 172-305171.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określonej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej” i wynosi 519.567,79 EUR.

Odwołanie wniesione zostało na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i zaniechania zidentyfikowane jako:

- zaniechanie wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego „INSPEC” Sp. z o.o. (dalej jako INSPEC) oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- zaniechanie odrzucenia oferty Wojewódzkiego Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. (dalej jako WPUI),
- zaniechanie podjęcia czynności zmierzających do ustalenia, czy oferty INSPEC oraz WPUI zawierają rażąco niską cenę,
- zaniechanie podjęcia czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy oferty INSPEC oraz WPUI odpowiadają treści siwz,
- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty INSPEC.

W związku z kwestionowanymi czynnościami Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie jego zastosowania,

- art. 7 ust. 3 poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- art. 89 ust. 1 pkt 1, 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie ich zastosowania, a w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 poprzez niewłaściwą ich interpretację, konsekwencją czego było nie wykluczenie z postępowania wykonawcy INSPEC i nie odrzucenie jego oferty,
- art. 26 ust.2 b poprzez błędne uznanie, iż wykonawca INSPEC dysponuje w sposób realny zasobami podmiotu trzeciego, tj. wiedzą i doświadczeniem, a fakt dysponowania tymi zasobami został przez tego wykonawcę udowodniony,
- art. 26 ust. 3 poprzez błędne przyjęcie, iż uzupełniony przez INSPEC dokument zobowiązania podmiotu trzeciego, przedłożony w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty o zobowiązanie podmiotu trzeciego, z treści którego wynikać będzie jednoznacznie sposób przekazania zasobów (w postaci wiedzy i doświadczenia), odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w siwz, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania przez Zamawiającego, że dokument ten potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę INSPEC,
- art. 26 ust. 4 w związku z art. 25 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 w zw. z art. 36a poprzez ich nie zastosowanie w zakresie, w jakim przepis ten wymaga by oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, w szczególności zaś w zakresie zaniechania właściwej weryfikacji wyjaśnień INSPEC dotyczących sposobu przekazania zasobu podmiotu trzeciego (w postaci wiedzy i doświadczenia) z deklaracją tego wykonawcy złożoną w formularzu oferty o wykonaniu przedmiotu zamówienia siłami własnymi oraz samą treścią zobowiązania podmiotu trzeciego,
- art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do ofert złożonych przez INSPEC oraz WPUI i nie podjęcie działań zmierzających do wyjaśnienia i ustalenia, czy treści oferty złożonych przez tych wykonawców odpowiadają treści SIWZ,
- art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do ofert złożonych przez INSPEC oraz WPUI i nie podjęcie działań zmierzających do ustalenia czy obydwie te oferty zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo przesłanek wskazujących na duże prawdopodobieństwo zaistnienia, w odniesieniu do tych dwóch ofert, rażąco niskich cen,

a dodatkowo z ostrożności procesowej:

- art. 89 ust. 1 pkt 4) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez INSPEC oraz WPUI jako ofert zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 89 ust. 1 pkt 2) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez INSPEC oraz WPUI jako ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ.

W związku z zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,

a w konsekwencji dokonania tych czynności:

3. Nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: INSPEC, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,

oraz alternatywnie

albo

4. Nakazanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: INSPEC oraz WPUI będących ofertami zawierającymi rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5. Nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

albo - w przypadku uznania, iż bez przeprowadzenia badania ofert złożonych przez INSPEC i WPUI pod kątem możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, nie zachodziły przesłanki do odrzucenia tych ofert:

4. Nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia badania zmierzającego do ustalenia, czy oferty złożone przez INSPEC i WPUI zawierają rażąco niskie ceny, jak również czy treść ofert złożonych przez INSPEC i WPUI odpowiada treści SIWZ, oraz dokonanie realnej oceny złożonych wyjaśnień i dowodów.

5. Nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów Odwołujący wskazał jak poniżej.

Ad. 1 - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy.

Zamawiający w Rozdziale V pkt 1.2) SIWZ określił, iż o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, opisując odpowiednio te warunki oraz określając opis sposobu dokonywania spełnienia tych warunków. Zgodnie z treścią pkt 2 ppkt 1) tego Rozdziału SIWZ, Zamawiający wymagał, iż w przypadku korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego, wykonawca ma

obowiązek dołączyć do oferty pisemne zobowiązanie tego podmiotu. Jednocześnie Zamawiający w kolejnych podpunktach określił swoje wymagania co do treści zobowiązania,

cyt.: „Zamawiający żąda, aby z dokumentów wynikał:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W przeciwnym przypadku Zamawiający wykluczy Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę zawartą w art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy.”

Dodatkowo, Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w przypadku udostępnienia zasobów, cyt.: „które są nierozdzielnie związane w podmiocie ich udzielającym (takie jak np. wiedza i doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udostępniania ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, dokument zobowiązania powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (np. jako podwykonawca, czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez Wykonawcę w ofercie.”

Wykonawca INSPEC polegał w całości na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, firmy BUD-INVENT Sp. z o.o. i przedłożył w ofercie zobowiązanie tego podmiotu (strona 30 i 31 oferty) do oddania do dyspozycji zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, które miało polegać na udziale w realizacji usługi polegającej na konsultacjach. W treści tego zobowiązania wskazano jako charakter stosunku łączącego ten podmiot z firmą INSPEC umowę cywilno-prawną oraz określono, iż oddanie do dyspozycji wskazanego zasobu będzie oznaczało bezpośredni lub pośredni udział podmiotu trzeciego w realizacji choćby części zamówienia.

W trakcie dokonywania przez Zamawiającego czynności oceny i badania ofert Zamawiający zakwestionował treść tego zobowiązania i skierował do INSPEC pismem z dnia 24.10.2014r. wezwanie, żądając m.in. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (strona 1 i strona 4 w/w pisma) uzupełnienia oferty o oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego BUD-INVENT Sp. z o.o., do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia oraz określenia w jakim charakterze podmiot będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

W treści wezwania Zamawiający uzasadnił swoje żądanie uzupełnienia w/w dokumentu, twierdząc, cyt.: „udział firmy BUD-INVENT Sp. z o.o. w realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia będzie polegał na konsultacjach udzielanych na podstawie umowy cywilno-prawnej, co nie do końca odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w rozdz. V ust. 2 SIWZ. Jednocześnie Wykonawca nie wskazał w swojej ofercie, iż korzystać będzie z

podwykonawstwa", oraz dodatkowo, że po przedłożeniu zobowiązania takiej treści jak przedłożone przez INSPEC wraz z ofertą, wiedza Zamawiającego nie jest wystarczająca, żeby stwierdzić realną możliwość powoływania się przez Wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi INSPEC przedłożył, wraz z pismem PUB/1896/14 z dnia 29.10.2014 r. nowy dokument - nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego, firmy BUD-INN/ENT Sp. z o.o., różniące się jednak od poprzedniego li tylko:

1/ wpisaniem, iż rodzajem zasobu oddawanego do dyspozycji jest wiedza i doświadczenie związane z wykonanymi usługami, i tu wymienione są 3 usługi wykonane przez ten podmiot,
2/ dopisaniem, iż udział w realizacji usługi polegający na konsultacjach będzie odbywał się przez cały okres trwania usługi.

W pozostałym zakresie treść zobowiązania podmiotu trzeciego pozostała bez zmian.

W ocenie Odwołującego uzupełnione zobowiązanie zawiera treść, która nie pozwala Zamawiającemu właściwie i realnie ocenić, czy wykonawca ten będzie dysponował udostępnionym zasobem. Nie zawiera on bowiem nadal żadnych informacji pochodzących od podmiotu użyczającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia na temat sposobu wykorzystania zasobów podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Dodatkowe informacje zawarte w piśmie z dnia 29.10.2014 r. wskazujące na sposób wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego, pochodzą wyłącznie od INSPEC. Odwołujący podniósł, iż stosując wykładnię art. 26 ust. 2bu ustawy nie można treści deklaracji i zobowiązania podmiotu trzeciego zastąpić oświadczeniem wykonawcy, który z tego zasobu będzie korzystał, zatem nie można uznać, iż INSPEC prawidłowo uzupełniło dokument w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W tej sytuacji Zobowiązany nie mając możliwości ponownego uzupełnienia dokumentu, powinien wykluczyć INSPEC z postępowania, a w konsekwencji odrzucić jego ofertę.

Z ostrożności, Odwołujący wskazał iż wyjaśnienia INSPEC dotyczące sposobu przekazania zasobu wiedzy i doświadczenia przez udział osób w realizacji zamówienia wskazują na bezpośredni udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia jako podwykonawca. Tymczasem z treści punktu 4 formularza oferty wynika wprost, że wykonawca ten wykona zamówienie w całości siłami własnymi, bez udziału podwykonawców. Tym samym należy uznać, że wyjaśnienia stojące w sprzeczności ze złożoną ofertą winny skutkować odrzuceniem oferty INSPEC na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy, a co najmniej powinny być wyjaśnione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Ad 2 – zarzut naruszenia art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 oraz podnoszony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 2.700.000,00 zł brutto wynikającą z przeliczenia wartości szacunkowej zamówienia. W postępowaniu złożonych zostało sześć ofert z cenami od: 1.335.800,00 PLN (INSPEC), 1.476.000,00 PLN (WPUI), 2.447.700,00 PLN (Grontmij), 2.477.877,50 PLN (GETINSA INGENIERIA S.L.), 2.542.410,00 PLN (EKOCENTRUM), 6.423.060,00 PLN (DGG).

Dwie pierwsze oferty odbiegają znacznie nie tylko od szacowanej wartości zamówienia (stanowią odpowiednio 49,47% i 54,67%), ale również znacząco odbiegają od pozostałych ofert (średniej ceny wszystkich złożonych ofert, stanowią odpowiednio 49,35% oraz 54,53%). W ocenie Odwołującego występuje duże prawdopodobieństwo, iż ceny wykonawców INSPEC oraz WPUI noszą znamiona cen rażąco niskich, zatem powinny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego było wszczęcie procedury zmierzającej do ustalenia, czy oferty nie zawierają rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 1 ustawy). Na taki kierunek działań wskazuje dotychczasowe orzecznictwo, ale również znowelizowane przepisy wprowadzające obowiązek wszczęcia procedury w odniesieniu do oferty, która jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na okoliczność, która może budzić wątpliwości, czy ceny obejmują cały przedmiot zamówienia związaną z wyceną poszczególnych zadań od 1 do 3, przy których wycenie w tych dwóch ofertach istnieją znaczne rozbieżności (odpowiednio 57%, 55% i 35%). W szczególności w obrębie zdań 1 i 2 uzasadnionymi są wątpliwości, czy ujęte zostały wszystkie elementy wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, a więc czy treść ofert odpowiada siwz i czy nie zachodzi okoliczność skutkująca odrzuceniem tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający powinien równolegle z wszczęciem procedury z art. 90 ust. 1 ustawy wystąpić o wyjaśnienie treści ofert w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, w celu ustalenia, czy oferty tych wykonawców obejmują w całości przedmiot zamówienia.

Ad 3 – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

W opinii Odwołującego naruszenie przywołanych przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp należy rozpatrywać w kontekście naruszenia przez Zamawiającego również przepisu art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w/w ustawy. Zamawiający zaniechał wykonania czynności w stosunku do ofert INSPEC i WPUI opisanych wyżej, do czego był zobowiązany, nie odrzucił tych ofert, co więcej nie wszczął żadnych procedur wyjaśniających. Dodatkowo nie wykluczył wykonawcy INSPEC z powodu nie spełniania przez niego warunków udziału w

postępowaniu. Tym samym Zamawiający nie dochował zasady zachowania uczciwej konkurencji, a wybór oferty złożonej INSPEC dokonany został niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W piśmie z dnia 25.11.2014 r. złożonym do akt sprawy Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści ofert wykonawców INSPEC Sp. z o.o. oraz WPUI Sp. z o.o. oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania Izba uznała, iż zarzuty podniesione wobec czynności oceny ofert wykonawców zasługiwały w części na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący kwestionował czynności oceny ofert sklasyfikowanych na dwóch pierwszych pozycjach i wyboru oferty najkorzystniejszej, ustalenie, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy mogących mieć wpływ na wynik postępowania, uzasadniało przyznanie Odwołującemu legitymacji do wniesienia odwołania w celu uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia, a w konsekwencji otwarcia drogi do uzyskania zamówienia. Powyższe wskazuje na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także możliwość powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Rozpoznanie odwołania odbyło się z udziałem podmiotu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. PUB INSPEC Sp. z o.o. (dalej jako INSPEC).

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu wyłonienia wykonawcy usługi nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzania kontraktami realizowanymi w ramach zadania pn.

„Budowa u. Towarowej od skrzyżowania ul. Towarowej z ul. Leonharda do projektowanej obwodnicy Olsztyna wraz z przebudową ul. Lubelskiej na odcinku od skrzyżowania z ul. Stalową do zaprojektowanego węzła drogowego w ciągu obwodnicy w Olsztynie”. W wyniku przeprowadzonego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert Zamawiający wybrał ofertę INSPEC, który zaoferował najniższą cenę, tj. 1.335.800,00 zł. brutto. (dowód: informacja z dnia 03.11.2014 r. o wyniku postępowania).

Zarzuty w odwołaniu sprowadzają się do kwestionowania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę INSPEC, a także braku przeprowadzenia badania ofert wykonawców INSPEC oraz WPUI pod kątem rażąco niskiej ceny i zgodności tych ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 5, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1.

Odwołujący opierał zarzuty na ocenie treści uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zobowiązania podmiotu trzeciego, uznając ją za niewystarczającą dla stwierdzenia realności udostępnienia potencjału i sposobu skorzystania z zasobów wiedzy i doświadczenia w trakcie realizacji zamówienia. Twierdzenia o niedostatecznej treści zobowiązania Odwołujący formułował wskazując na brak informacji pochodzących od podmiotu użyczającego zasoby na temat sposobu wykorzystania zasobów podmiotu użyczającego przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawca INSPEC w ofercie załączył na str. 30 i 31 kopię wypełnionego załącznika nr 6 do siwz – *zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.*, w którym określony został rodzaj zasobu oddanego do dyspozycji – *wiedza i doświadczenie*. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24.10.2014 r. INSPEC przedłożył zobowiązanie w oryginale, które w niewielkim stopniu odbiegało od treści zobowiązania załączonego do oferty, przez doprecyzowanie rodzaju zasobu oraz sposobu oddania zasobu: *Udział w realizacji usługi polegający na konsultacjach przez cały okres trwania usługi*. Zgodnie z wzorem przygotowanym przez Zamawiającego INSPEC potwierdził (zaznaczając jedną z odpowiedzi – „TAK”), że oddanie do dyspozycji wskazanego zasobu będzie oznaczało udział (pośredni lub bezpośredni) podmiotu trzeciego w realizacji choćby części zamówienia. Razem z zobowiązaniem INSPEC uzupełnił dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, które nie zostały w ogóle złożone w ofercie.

W formularzu oferty INSPEC wykreślił punkt 4, zawierający oświadczenie o powierzeniu podwykonawcom wykonania części zakresu zamówienia. Oświadczenie opatrzone było gwiazdką oznaczającą *wypełnić w przypadku udziału podwykonawców*. Zgodnie z uwagą

zawartą w nawiasie *należy wypełnić również w przypadku jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących spełniania wiedzy i doświadczenia, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy.*

W siwz w rozdziale XVI pkt 2 Zamawiający wskazał, iż żąda wskazania przez Wykonawcę w formularzu ofertowym nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V siwz. W rozdziale V pkt 2. Zamawiający przeniósł do siwz postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy ze wskazaniem na formę oryginału zobowiązania, a także dookreślił, iż zobowiązanie powinno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia Wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu. W przypadku gdy przedmiotem zobowiązania do udostępnienia zasobów są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym (takie jak np. wiedza, doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udostępnienia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, dokument zobowiązania powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako np. podwykonawca, czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez Wykonawcę w ofercie. Wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy wykonawcy mieli przedłożyć wszystkie dokumenty i oświadczenia, o których mowa w rozdziale VI ust. 2 dotyczących tych podmiotów (dotyczących braku podstaw do wykluczenia z postępowania). W załączniku nr 6 do siwz do siwz Zamawiający zawarł uwagę: *Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, **które będą brały udział w realizacji części zamówienia** na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedkłada także wszystkie dokumenty określone w ust. 2 rozdz. VI SIWZ dotyczące tych podmiotów potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Kopie dokumentów dotyczące każdego z tych podmiotów muszą być poświadczone za zgodność z oryginałem przez te podmioty.*

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze przywołane postanowienia siwz oraz treść uzupełnionego zobowiązania podmiotu trzeciego – BUD-INVENT Sp. z o.o. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności*

przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.(stan prawny obowiązujący na dzień wszczęcia postępowania). Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał przedłożenia dodatkowych dokumentów o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013.231), w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Zamawiający wymagał jedynie przedłożenia zobowiązania o treści narzuconej przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do siwz. To *zobowiązanie* miało stanowić podstawę do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w kontekście realności, rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci. Obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie, czy pomimo braku własnego doświadczenia i wiedzy wykonawca posiłkujący się potencjałem podmiotu trzeciego, rzeczywiście uzyska jego wsparcie na etapie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Jak wskazano w wyroku z dnia 18.11.2014 r. (sygn. akt KIO 2285/14, KIO 2328/14) *jest to konieczne dla zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie byłoby bowiem do pogodzenia z tymi zasadami dopuszczenie do oceny i wyboru oferty wykonawcy, który jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu składa zobowiązanie podmiotu, którego potencjał jest mu niezbędny na etapie procedury przetargowej, natomiast na etapie realizacji zamówienia zdaje się na własne siły, które z punktu widzenia wymagań Zamawiającego nie byłyby wystarczającymi dla uzyskania zamówienia. Konkludując, w przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego nie jest wystarczającym przedstawienie Zamawiającemu potencjału spełniającego warunki udziału w postępowaniu, koniecznym jest również udowodnienie możliwości jego wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Po stronie wykonawcy leży ciężar udowodnienia zamawiającemu rzeczywistego sposobu wykorzystania potencjału przy wykonaniu zamówienia, a więc z uwzględnieniem zakresu udostępnionego zasobu i specyfiki konkretnego zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych za niewystarczające uznaje się przywołanie jedynie normy z art. 26 ust. 2b ustawy dla wykazania realności udostępnienia zasobów. Podkreślić należy, że realność – w ślad za ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia (por. wyrok KIO sygn. akt. 2654/13 z dnia 29.11.2013 r.). Stąd przy rozstrzygnięciu skuteczności udostępnienia zasobu dla potrzeb realizacji zamówienia publicznego*

niezbędnym jest odniesienie się do właściwych dla danego wykonawcy okoliczności, jego założeń przyjętych w ofercie co do udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia i samej treści zobowiązania lub innego dokumentu, z którego możliwe jest ustalenie treści oświadczenia podmiotu trzeciego. Nie zawężając udziału podmiotu wyłącznie do podwykonawstwa (co stałoby w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy), możliwym jest wykazanie każdej formy udziału podmiotu, która dostosowana byłaby do zakresu udzielonego potencjału. Jeżeli wykonawca nie posiada doświadczenia w konkretnej branży, to koniecznym jest zapewnienie rzeczywistego wsparcia przez podmiot trzeci w formie umożliwiającej jego realny wpływ na sposób wykonania zamówienia. Tylko wówczas Zamawiający będzie mógł liczyć na wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękomię dostatecznej wiedzy i doświadczenia, koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, należało zauważyć, iż treść zobowiązania jakie złożył wykonawca INSPEC determinowana była treścią załącznika nr 6 do siwz, która uwzględniała wytyczne Zamawiającego zawarte w siwz (rozdział V). Zamawiający nie tylko wskazał na konieczne elementy oświadczenia podmiotu trzeciego, ale również narzucił sposób potwierdzenia udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, wymagając zaznaczenia jednej z dwóch odpowiedzi. Izba uznała, iż z treści zobowiązania wynikała stanowcza deklaracja podmiotu trzeciego rzeczywistego wsparcia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia, przez jego udział (bezpośredni lub pośredni) w realizacji zamówienia, co czyniło zadość oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w siwz. Zamawiający mógł ustalić sposób, w jaki wykonawca będzie na etapie realizacji zamówienia korzystał z zasobu podmiotu trzeciego – tj. konsultacje przez cały okres trwania usługi. Było to przedmiotem dodatkowych wyjaśnień wykonawcy, które zdaniem Izby nie stały w sprzeczności z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego, ani go nie zastępowały. Wyjaśnienia pozwoliły Zamawiającemu na ustalenie, czy podmiot trzeci będzie realizował część zamówienia jako podwykonawca. Izba uznała, iż wyjaśnienia w zakresie, w jakim wzbogacały oświadczenie podmiotu trzeciego co do sposobu wykorzystania potencjału w ramach konsultacji nie miały wiodącego znaczenia dla oceny treści zobowiązania. Izba uznała, iż udział podmiotu trzeciego mający mieć postać konsultacji, przy tego rodzaju zamówieniu może być uznany za realny i rzeczywisty. Należało bowiem uwzględnić specyfikę zamówienia, która wynika z charakteru zaangażowania podmiotu świadczącego usługę nadzoru. Decydującym dla należytego świadczenia usługi pozostaje bowiem czynnik ludzki i wkład intelektualny, dla którego realne wsparciem może stanowić możliwość konsultacji z podmiotem mającym większą wiedzę i doświadczenie. Taki kierunek oceny wydaje się być zasadny uwzględniając przede wszystkim okoliczności związane z

przedmiotem świadczenia, przy którego realizacji obiektywnie możliwym i realnym będzie wsparcie w formie konsultacji i doradztwa. Podobne argumenty stanowiły podstawę oceny KIO w orzeczeniu zapadłym 13 maja 2014 r., sygn. akt KIO 851/14, a dotyczącym posłużenia się w tej formie potencjałem podmiotu trzeciego przy usługach projektowych, *przy realizacji których posłużenie się cudzym doświadczeniem w formie konsultacji i doradztwa w trakcie procesu projektowania jest obiektywnie i realnie możliwe. Jest to bowiem potencjał o charakterze intelektualnym, know-how, zdobyte przez dany podmiot przy realizacji zamówienia poprzez wykonywanie usług projektowych. Jeśli zatem to doświadczenie podmiotu trzeciego będzie przekazywane wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia poprzez poszerzenie zespołu projektantów wykonawcy o moce projektowe podmiotu trzeciego, będzie możliwe realne wykorzystanie uzyskanej przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia w zakresie usług projektowych właśnie w czasie wykonywania takich usług dla Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.* Wyjaśnienia INSPEC wskazują dodatkowo na założony sposób współpracy z podmiotem trzecim, w zakresie doradztwa *polegać będzie na cyklicznych spotkaniach, kontaktach osobistych, telefonicznych, wymianie korespondencji pisemnej wysyłanej za pomocą faksu drogą elektroniczną mailową*, co wzmacnia argumentację Izby, podobnie jak przedłożona na rozprawie umowa o współpracy zawarta z podmiotem trzecim przed upływem terminu na złożenie ofert. Okoliczność, iż w formularzu oferty INSPEC nie wskazała podmiotu trzeciego – BUD-INVENT Sp. z o.o. jako podwykonawcy nie podważała oceny zobowiązania. Treść siwz (rozdział XVI) rozwiewała ewentualne wątpliwości co do interpretacji uwagi zawartej w nawiasie w formularzu oferty (punkt 4). W ocenie Izby oczekiwaniem Zamawiającego było podanie zakresu zamówienia, który wykonawca zamierzał powierzyć podwykonawcy, również gdy ten byłby podmiotem udostępniającym swoje zasoby w trybie art. 26 ust. 2b. Z przywołanych zapisów siwz nie wynika jednak, aby ten obowiązek występował w sytuacji, kiedy podmiot udostępniający swój potencjał nie będąc podwykonawcą miałby brać udział (pośredni) w realizacji zamówienia.

W świetle powyższych rozważań należało uznać, iż INSPEC wykazało się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 89 ust. 1 pkt 4 i 2 Izba w części uwzględniła zarzuty.

W tej części rozstrzygnięcia okoliczności faktyczne dotyczące cen zaoferowanych w postępowaniu oraz wartości szacunkowej zamówienia nie budziły wątpliwości, a spór zasadzał się na odmiennej ocenie prawnej. Odwołujący wskazywał na zasadność wszczęcia postępowania zmierzającego do wyjaśnienia okoliczności mających wpływ na wysokość cen

w ofertach INSPEC oraz WPUI, natomiast Zamawiający zaprzeczał temu stanowisku powołując się na doświadczenie płynące z innych postępowań, w których wybierano oferty znacząco odbiegające od szacunków oraz średniej z cen ofertowych, co miało dowodzić możliwości wykonania również przedmiotowego zamówienia po cenach średnio o 50% niższych od wartości szacunkowej oraz średniej ceny pozostałych ofert.

Z ustaleń Izby poczynionych w oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego złożone na rozprawie wynikał, iż Zamawiający przed skierowaniem wezwania o uzupełnienie dokumentów rozważał, czy oferty wykonawców nie podlegałyby odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę, co czyniłoby bezprzedmiotowym ich wzywanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający uwzględnił okoliczność, iż obaj wykonawcy są przedsiębiorcami lokalnymi, co w znacznym stopniu mogło wpływać na obniżenie kosztów świadczenia przedmiotowej usługi i na tej podstawie uznał, iż ceny zaproponowane przez obu wykonawców są realnymi i pozwalają na właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, iż zachodziło uzasadnione podejrzenie złożenia ofert przez wykonawców INSPEC oraz WPUI zawierających rażąco niską cenę, które powinno skutkować wszczęciem przez Zamawiającego postępowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający przyznał, iż dokonywał analizy ofert pod kątem rażąco niskiej ceny przed zwróceniem się o uzupełnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Powyższe wskazywało zatem na wątpliwości dotyczące kalkulacji cen ofertowych, których wyjaśnienia Zamawiający poszukiwał samodzielnie. W ocenie Izby, ustawa wymaga w takiej sytuacji zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, których nie może zastępować wiedza i doświadczenie Zamawiającego. Przejrzystość postępowania wymaga, aby znane były okoliczności towarzyszące podjęciu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, czy też o odrzuceniu ofert, co umożliwi wykonawcom podjęcie ewentualnych kroków prawnych w celu wzruszenia czynności Zamawiającego. Ustawa wymaga, aby to wykonawca wskazał okoliczności wpływające na kalkulację ceny. Oznacza to, iż wykonawca, jako dysponent wiedzy o założeniach jakie towarzyszyły kalkulacji ceny może jako jedyny je wskazać. Dopuszczenie, aby to Zamawiający samodzielnie występował niejako w roli rzecznika wykonawcy zaburzałoby porządek w postępowaniu, w którym Zamawiający powinien zachować obiektywizm przy ocenie ofert. W przedmiotowym postępowaniu różnica w cenach dwóch pierwszych ofert wymagała co najmniej zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawców INSPEC oraz WPUI o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny, którego to obowiązku nie mogło zastąpić samodzielne poszukiwanie przez Zamawiającego okoliczności, które mogły wpłynąć na wysokość cen. Izba nie uwzględniła szczegółowej kalkulacji złożonej na rozprawie przez INSPEC, która nie była przedmiotem badania przez komisję przetargową na etapie poprzedzającym wybór oferty najkorzystniejszej. Tym samym nie miała ona znaczenie dla oceny, czy zachodziło podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej

ceny. Stosowana kalkulacja powinna być przedłożona Zamawiającemu w toku ponownej oceny ofert w celu wykazania, iż okoliczności właściwe dla danego wykonawcy rzeczywiście miały wpływ na wysokość ceny.

W związku z potwierdzeniem się zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Izba uznała, iż w postępowaniu zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 3, § 5 ust. 2 [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tyś zł. oraz koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę stwierdzone przedłożonym rachunkiem i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: