

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane CAMINO M..... K....., ul. Grzybowa 3/4, 62-030 Luboń** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu, ul. Zielona 8, 61-851 Poznań**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane CAMINO M..... K....., ul. Grzybowa 3/4, 62-030 Luboń** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane CAMINO M..... K....., ul. Grzybowa 3/4, 62-030 Luboń** tytułem wpisu od odwołania.

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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania: Rozbudowa drogi powiatowej nr 2401P Dopiewo-Poznań w m. Skórzewo od ul. Malwowej do ul. Zakręt – Etap I – odcinek od końca skrzyżowania ul. Poznańskiej i ul. Malwowej do początku skrzyżowania ul. Poznańskiej i ul. Batorowskiej.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 marca 2014 r. pod numerem 93812-2014.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., Nr 231), a tym samym art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, co powoduje uznanie jego oferty za odrzuconą niezgodnie z tymi przepisami, a także art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2a ustawy Pzp,
- 2) art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu postępowania,
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez niewskazanie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie podania rzeczywistej, konkretnej i wyczerpującej przyczyny wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, odrzucenie jego oferty oraz wybór innej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy najkorzystniejszą ofertę stanowi ta złożona przez Odwołującego,
- 5) art. 8 ust 1 oraz art. 9 ust 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 92 ust 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez nie podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty wykonawcy oraz wykluczenia go z udziału w postępowaniu, co stanowiło

naruszenie zasady jawności oraz pisemności postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący odnosząc się do wykluczenia Odwołującego z postępowania podniósł, że zarówno sama treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, jak i dołączona do wyjaśnień Odwołującego umowa zawarta z firmą Usługi Budowlane M..... F..... wskazuje na to, iż zleceniobiorca (M..... F.....) zobowiązuje się do osobistej współpracy przy realizacji powyższego zamówienia przez cały okres jego trwania (§ 1). Zaś w § 2 umowy zostało zawarte zobowiązanie M..... F..... do osobistego przekazywania sumy wiadomości i umiejętności.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotowa umowa zawiera wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego zgodnie z pkt VI.2.5) SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający postawił wymagania odnoszące się do wykonawcy w punkcie V.2.2) SIWZ i w tym zakresie Odwołujący posłużył się doświadczeniem firmy Usługi Budowlane M..... F..... na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, natomiast wymagania dotyczące personelu zostały sprecyzowane w punkcie V.2.4) SIWZ, w tym również zostały postawione przez Zamawiającego skonkretyzowane wymagania w stosunku do doświadczenia osoby Inżyniera Kontraktu, które jednak są odmienne od wymagań w zakresie doświadczenia wykonawcy. Nie jest więc, jak podkreślił Odwołujący, zrozumiałe, dlaczego w piśmie z dnia 7 kwietnia 2014 r. Zamawiający utożsamia te dwa podmioty (wykonawcę wykazującego się określonym doświadczeniem i Inżyniera kontraktu będącego członkiem personelu wymaganym dla realizacji niniejszego zamówienia) twierdząc z całkowicie niezrozumiałych i nie wyjaśnionych w piśmie względów, że podmiot użyczający doświadczenia (a więc potencjalnie mogłaby to być również osoba prawna) powinien pełnić rolę tożsamą z Inżynierem Kontraktu, czyli członkiem personelu, którego kwalifikacje zostały opisane w pkt V.2.4.) SIWZ. Logicznym jest stwierdzenie, że gdyby takie było oczekiwanie Zamawiającego, to powinien był postawić w odniesieniu do doświadczenia osoby Inżyniera Kontraktu analogiczne wymagania jak te, postawione w stosunku do wykonawcy, czego jednak Zamawiający nie uczynił. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie Zamawiającego jest pozbawione logiki, jako że nawet gdyby Odwołujący wskazał swoje własne doświadczenie jako potwierdzające spełnienie warunku pkt V.2.2) SIWZ, to po pierwsze, Zamawiający nie wymagał wskazania, kto pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na referencyjnej budowie, a po drugie nie wymagał, aby w przedmiotowym zamówieniu ta sama osoba pełniła tę funkcję — również w takiej sytuacji i to w zgodzie z postanowieniami SIWZ mogłyby to być dwie różne osoby. Dodatkowo Odwołujący zwrócił

uwagę, że w pkt V.2.2.) SIWZ Zamawiający wskazał zamiennie pełnienie przez wykonawcę funkcji Inżyniera Kontraktu i Inspektora Nadzoru nad budową jako poświadczające doświadczenie wykonawcy, przy czym nie definiuje żadnej z tych funkcji, pomimo tego, że nie czynią tego również przepisy prawa (prawo budowlane posługuje się wyłącznie pojęciem „inspektora nadzoru inwestorskiego”).

W opinii Odwołującego, z niezrozumiałych względów Zamawiający przypisuje również podmiotowi użyczającemu doświadczenie (którym może być też potencjalnie osoba prawna) pełnienie funkcji wskazanych w art. 25 i 26 Prawa budowlanego, a więc funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, co po pierwsze nie znajduje żadnego uzasadnienia w dokumentacji postępowania, a po drugie jest niespójne z pozostałymi wywodami Zamawiającego łączącymi podmiot użyczający doświadczenia z innym członkiem personelu - Inżynierem Kontraktu.

Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający nie wskazał w SIWZ, na czym może polegać jego zdaniem, a na czym nie osobisty udział w realizacji zamówienia, zarzuty w tym zakresie postawione Odwołującemu nie znajdują więc żadnego uzasadnienia w dokumentacji postępowania. W tym miejscu Odwołujący powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1201/13.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że z niezrozumiałych względów Zamawiający kwestionuje możliwość uczestniczenia w wykonywaniu zamówienia przez M..... F....., przy uwzględnieniu jego wynagrodzenia. Trzeba mieć bowiem na względzie tę okoliczność, że brak jest wymogu permanentnej obecności przedstawicieli firmy Usługi Budowlane M..... F..... na budowie. Dodatkowo, członkowie personelu nie są przecież laikami — posiadają uprawnienia budowlane i bogate doświadczone wymagane przez Zamawiającego i udokumentowane w ofercie. Ponadto, strony w przeszłości już ze sobą w sposób udany współpracowały wykonując wspólnie w ramach konsorcjum usługę nadzoru inwestorskiego w zakresie budowy obwodnicy miejskiej dla miasta Luboń. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył referencje z Miasta Luboń z 20 lutego 2014 r.

Z powyższych względów Odwołujący uznał wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu za całkowicie bezzasadne, co świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, w opinii Odwołującego, uzasadniony jest też zarzut naruszenia art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp a to poprzez uznanie, że Odwołujący warunków takich nie spełnia oraz art. 26 ust. 2a ustawy Pzp przez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełniania przez niego warunków, dotyczących wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący stoi na stanowisku, że udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobem udostępniającym wiedzę i doświadczenie, to jest firmą Usługi Budowlane M.....

F....., jako że przedstawił stosowne zobowiązanie, jak również umowę o współpracy zawierającą wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego na podstawie § 1 ust 6 pkt 2 powoływanego rozporządzenia, a tym samym należało uznać, że Odwołujący przedstawił wszystkie dokumenty wymagane przepisami prawa oraz wyszczególnione przez Zamawiającego, a poświadczające rzeczywisty dostęp oraz faktyczne dysponowanie używanym zasobem doświadczenia. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, wykluczenie Odwołującego stanowi również naruszenie art. 26 ust 2b ustawy Pzp w zw. z § 1 ust 6 pkt 2 rzeczono rozporządzenia.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący podniósł, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2553/13 „o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust, 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien decydować następujący wynik analizy: szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę w ofercie cena, porównanie zaoferowanej ceny z innymi złożonymi ofertami wskazuje na znaczne rozbieżności, wartość oferty znacznie odbiega od cen rynkowych”.

Odwołujący odnosząc się do tych kryteriów oceny ceny jako rażąco niskie, które jak zauważa, nie są kwestionowane w orzecznictwie, zwrócił uwagę, że rozważenia wymagają następujące kwestie:

- 1) czy szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez Odwołującego w ofercie cena;

Zdaniem Odwołującego, na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco przy uwzględnieniu tej okoliczności, że szacunkowa wartość zamówienia obliczona przez Zamawiającego jest obarczona błędem. Jak bowiem wynika ze zbiorczego zestawienia ofert w ramach postępowania na udzielenie zamówienia dotyczącego przedmiotowej inwestycji w zakresie robót budowlanych, które mają być przedmiotem nadzoru, kwota którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 9.100.000,00 zł brutto. Oferta wykonawcy, który będzie realizował przedmiotowe roboty budowlane opiewała natomiast na kwotę 4.880.628,92 zł, a więc stanowiła około 53% kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Co jednak najistotniejsze, z dokumentu „Ustalenie wartości zamówienia” znajdującego się w dokumentacji postępowania i opracowanego przez Zamawiającego wynika, że wartość robót budowlanych netto szacowana była przez Zamawiającego na kwotę 8.379.797,87 zł, czyli zaokrąglając brutto 10.307.152,00 zł, a wartość nadzoru na 1% z tej kwoty.

Powyższe oznacza zatem, że skoro faktyczna cena za zrealizowanie robót budowlanych będzie wynosiła 4.880.628,92 zł, to cena zaoferowana przez Odwołującego za

nadzór wynosi prawie dokładnie 1% wartości robót budowlanych. W konsekwencji, gdyby kalkulacja Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania została przygotowana prawidłowo, okazałoby się, że Odwołujący idealnie wyliczył koszt robót budowlanych przyjmując równocześnie powszechnie stosowaną na rynku stawkę za nadzór w stosunku do wartości robót, czyli 1%. Gdyby więc Zamawiający prawidłowo oszacował wartość robót budowlanych, a tym samym nadzoru inwestorskiego, w ogóle nie doszłoby do wszczęcia w stosunku do Odwołującego procedury wskazanej w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

2) czy porównanie zaoferowanej ceny z innymi złożonymi ofertami wskazuje na znaczne rozbieżności;

Na to pytanie, zdaniem Odwołującego, należy odpowiedzieć przecząco. Cena oferty złożonej przez Odwołującego była niższa od ceny oferty wykonawcy, która została wybrana w ramach postępowania o 13.512,78 zł, czego nie można uznać za znaczącą rozbieżność.

3) czy wartość oferty znacznie odbiega od cen rynkowych;

Na to pytanie, w ocenie Odwołującego, należy odpowiedzieć przecząco. Aktualnie panujący nadal zastój na rynku robót budowlanych powoduje, że ceny usług oferowane w tej branży nie są wygórowane. Na potwierdzenie tego Odwołujący przedstawił zrealizowaną przez siebie umowę zawartą z Gminą Tamowe Podgórze na pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi powiatowej, w ramach której zobowiązany był również do dostarczenia zespołu inspektorów - cena, za którą Odwołujący wykonał usługę wynosiła 6.666,66 zł brutto, przy wartości robót budowlanych 1.591.312,97 zł oraz okresie wykonywania usługi od 27 maja 2013 r. do 27 września 2013 r.

Przekładając tę kalkulację na realia przedmiotowej sprawy Odwołujący wskazał, że przy wartości robót na poziomie 4.880.628,92 zł (cena oferty wykonawcy, który będzie realizował roboty budowlane w ramach inwestycji, której dotyczy niniejsze postępowanie) należałoby założyć poziom wynagrodzenia za pełnienie nadzoru trzykrotnie wyższy za okres pięciomiesięczny, co daje w przybliżeniu 20.000 zł, a przy uwzględnieniu dodatkowo kwestii konieczności pełnienia nadzoru w ramach przedmiotowego zadania przez około 7 miesięcy - około 28.000 zł brutto.

Odwołujący podał, że wykonywał również funkcje analogiczne z tymi, które są przedmiotem niniejszego postępowania na podstawie umowy z Powiatem Grodziskim (Starostwo Powiatowe w Grodzisku Wielkopolskim). Cena za wykonanie zamówienia wynosiła 35.990,00 zł, a okres realizacji wynosił od października 2009 r. do sierpnia 2010 r. Wartość zadania objętego nadzorem była zbliżona do przedmiotowego postępowania i wynosiła 4.882.232,43 zł. Usługi te zostały wykonane należycie, na dowód czego Odwołujący przedłożył referencje.

Odwołujący wyjaśnił również, że dodatkowym elementem wpływającym korzystnie na wysokość zaoferowanej ceny jest okoliczność, że wszystkie osoby wchodzące w skład personelu zamieszkują niedaleko miejsca, w którym będą wykonywane roboty budowlane, dzięki czemu mogły zaoferować stosunkowo korzystne, lecz ciągle rynkowe ceny.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uznał, iż wyjaśnienia Odwołującego nie są wystarczające dla uznania, że cena nie jest rażąco niska. Nie wskazał, które czynniki cenotwórcze nie są rynkowe, jak również, czy jakiegokolwiek elementy zamówienia zostały przez Odwołującego pominięte.

Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach wskazał na wszystkie czynniki cenotwórcze, to jest na wynagrodzenie wszystkich członków zespołu, których udział jest wymagany przez Zamawiającego i który to koszt wyczerpuje niemal 100% kosztów ponoszonych na realizację usługi. Zdaniem Odwołującego, trzeba mieć na względzie, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług, które to usługi mają być świadczone poprzez osoby wymagane przez Zamawiającego i wskazane przez wykonawcę w ofercie. Zamawiający nie wymaga świadczenia jakichkolwiek innych usług, niż te wskazane powyżej. Zamawiający nie wymagał też żadnych szczególnych ubezpieczeń, czy też innych świadczeń, które generowałyby dla Odwołującego dodatkowe koszty, lecz pomimo tego Odwołujący wskazał jako rezerwę kwotę 2.460,00 zł - na nieprzewidziane wydatki. Jednocześnie na stronie 2. wyśniew Odwołujący wyraźnie wskazał na to, że cena oferty obejmuje całkowity koszt jej wykonania - to jest personelu, ubezpieczeń, transportu i innymi dodatkowymi kosztami, które mogą wyniknąć. Wskazał również na oszczędność kosztów wynikającą z niedalekiej odległości inwestycji od miejsca jego zamieszkania, co umożliwia oszczędność kosztów transportu. Jest to istotne z tego punktu widzenia, że to Odwołujący jako inspektor nadzoru robót drogowych oraz Inżynier Kontraktu będzie kluczową osobą w realizacji zamówienia. Z tego samego powodu nie został w wyjaśnieniu ceny wskazany zysk, skoro jest on zawarty w wynagrodzeniu Odwołującego (inspektor drogowy) wskazanym w wyjaśnieniach.

Odwołujący stoi na stanowisku, że żaden przepis prawa nie uprawnia Zamawiającego do żądania przedstawienia dowodów dotyczących sposobu skalkulowania ceny. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się jedynie do wyjaśnień. Dodatkowo Odwołujący podaje, że dowodów takich wykonawca może nie posiadać, skoro mowa jest o etapie składania ofert, a więc o fazie, w której wykonawca nie musi mieć podpisanych umów, skoro sens ich podpisania zaktualizuje się wyłącznie w przypadku wygrania przetargu. Niezależnie od powyższego Odwołujący przedłożył oświadczenia złożone przez inspektorów nadzoru inwestorskiego potwierdzające wynagrodzenie ustalone na realizację przedmiotowego zamówienia.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że odrzucając ofertę Odwołującego jako

zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zaś żądanie dowodów dotyczących sposobu skalkulowania ceny stanowi, w opinii Odwołującego, o naruszeniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podniósł, że z pisma Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2014 r. nie wynika, dlaczego Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Odwołującego nie są wystarczające dla uznania, że cena nie jest rażąco niska. Nie wskazał, które czynniki cenotwórcze nie są rynkowe, jak również, czy jakiegokolwiek elementy zamówienia zostały przez Odwołującego pominięte. Z treści pisma Zamawiającego trudno wywnioskować, jaka była faktyczna przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, również przyczyny wykluczenia Odwołującego trudno uznać za rzeczywiste i konkretne. Tym samym, w ocenie Odwołującego, uzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. W tym przedmiocie powołuje się na orzecznictwo Izby (wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2593/12, KIO 2599/12, KIO 2600/12, KIO 2601/12, wyrok KIO z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2150/12, wyrok z dnia 30 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 918/13.

Odwołujący podsumowująco podał, że Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, czym naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zaś poprzez naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i bezpodstawne wykluczenie przez Zamawiającego Odwołującego z udziału w postępowaniu, odrzucenie jego oferty oraz wybór innej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy jako najkorzystniejsza winna zostać wybrana oferta Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył również przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu bez prawidłowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego wykluczenia, co stanowiło naruszenie zasady jawności postępowania. Powyższe stanowi też, zdaniem Odwołującego, naruszenie pisemnej formy prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 9 ust 1 ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części V pkt 2 ppkt 2 SIWZ Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, niezbędnego do wykonywania zamówienia wskazując, że „Zamawiający uzna warunek za spełniony; jeżeli Wykonawca

(Wykonawca samodzielnie lub jeden z konsorcjantów lub podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia - doświadczenie w/w podmiotów nie sumuje się) wykaże, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych również wykonuje) należycie minimum dwie usługi podobne do objętych przedmiotem zamówienia. Za usługę podobną zamawiający uzna usługi o wartości brutto równej, co najmniej 60 000,00 PLN każda, w zakresie pełnienia obowiązków Inżyniera Kontraktu/Inspektora nadzoru nad budową/przebudową/rozbudową/modernizacją dróg o nawierzchni bitumicznej.”

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł (część VI pkt 1 ppkt 5 SIWZ), że „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, innych podmiotów; niezależnie od charakteru prawnego łączących 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 (złożone w oryginale, podpisane przez upoważnioną osobę podmiotu udostępniającego zasoby). Zamawiający; w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów; żąda przedstawienia stosownych dokumentów dotyczących, w szczególności:

- a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) charakteru stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem;
- c) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia;
- d) ewentualnego zakresu i okresu udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia.

W szczególności Wykonawca składa następujące dokumenty z poniższego wykazu:

- a) W przypadku polegania na doświadczeniu innych podmiotów uznany zostanie każdy dokument np. umowa współpracy, podwykonawstwa itp., z którego będzie wynikać iż podmiot udzielający tych zasobów będzie osobiście uczestniczył w wykonaniu zamówienia. Dokument ten winien zawierać następujące informacje: strony porozumienia, zasady współpracy w związku z udostępnieniem zasobów, forma uczestnictwa w realizacji zamówienia, podstawa prawna, zakres uczestniczenia, cel, czas udostępnienia itd.”

Dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Odwołujący posłużył się doświadczeniem M..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Budowlane M..... F..... z siedzibą w Jelczu Laskowicach.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, „*czy podmiot udostępniający zasób doświadczenia będzie osobiście uczestniczył w wykonaniu zamówienia lub do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku doświadczenia określonego w ust. 2 pkt 2 rozdziału VI SIWZ.*” W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że: „*Zgodnie z zapisem ust. 2 pkt. 5 i 6 rozdziału VI SIWZ złożyli Państwo z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego firmy p. M..... F..... Z w/w zobowiązania oraz z oferty Państwa nie wynika, że podmiot udostępniający zasoby doświadczenia będzie osobiście uczestniczył w wykonaniu zamówienia. Zamawiający wymagał w w/w zapisach SIWZ, aby w przypadku dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia wykazać osobisty udział podmiotu trzeciego w wykonaniu udzielonego zamówienia.*”

Jednocześnie Zamawiający poinformował, „*że w toku badania i oceny ofert stwierdził, że w Państwa ofercie cena odbiega w sposób znaczny w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z powyższym zwraca się na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o przedłożenie wyjaśnień wraz z dowodami, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Cena w ofercie odbiega znacznie od wartości szacunkowej zamówienia oraz od cen innych wykonawców. Istnieje zatem uzasadnione przypuszczenie, że usługa ta nie zostanie wykonana należycie, lub podana cena jest zaniżona w stosunku do kosztów jakie będzie musiał ponieść Wykonawca. Zamawiający ma wątpliwości czy Wykonawca w ramach zaoferowanej ceny przewidział wykonanie wszystkich czynności składających się na usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego w przedmiotowym postępowaniu. Większość z tych czynności Inżyniera Kontraktu jest czasochłonna i wymaga sporego zaangażowania osobistego m.in.*

- 1) *Inżynier Kontraktu wraz z Inspektorami nadzoru sprawdza projekt budowlany, wykonawczy i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, a zauważone błędy wyjaśnia z Projektantem i Zamawiającym,*
- 2) *pracuje we wszystkie dni, w których odbywają się prace na budowie,*
- 3) *kontroluje wytwórnice materiałów i prefabrykatów w celu sprawdzenia zgodności i akceptacji stosowania metod wytwarzania,*
- 4) *sprawuje ciągły nadzór przy prowadzeniu robót bitumicznych,*
- 5) *składa okresowe sprawozdania z postępów w realizacji zadania,*
- 6) *koordynuje nadzór nad inwestycją i przekazaniem zadania inwestycyjnego Zamawiającemu,*
- 7) *sporządza protokoły konieczności,*
- 8) *uczestniczy w cotygodniowych radach budowy,*

- 9) kontroluje rozliczenia Wykonawcy Robót w oparciu o zapisy umowy i harmonogram finansowo-rzeczowy,
- 10) przedkłada na żądanie Zamawiającego cykliczne dane dotyczące postępu robót, harmonogramu rzeczowo-finansowego a także wszelkich raportów i sprawozdań."

Zamawiający szacunkową wartość zamówienia ustalił („Ustalenie wartości zamówienia) na poziomie 103.071,52 zł, odnosząc powyższe do wartości robót budowlanych, będących przedmiotem nadzoru (10% wartości robót budowlanych). W postępowaniu na realizację robót budowlanych zaoferowano następujące ceny: 4.880.628,92 zł, 5.449.759,89 zł, 5.591.930,76 zł, 5.728.589,89 zł, 6.306.136, 58 zł (Zbiornicze zestawienie ofert w przetargu ograniczonym). Zaś, w niniejszym postępowaniu ceny kształtowały się na następującym poziomie: 47.970,00 zł, 61.482,78 zł, 77.490,00 zł, 115.620,00 zł (Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej).

W odpowiedzi (pismo z dnia 3 kwietnia 2014 r.) Odwołujący wyjaśnił, „że podmiot udzielający zasobu wiedzy i doświadczenia będzie osobiście uczestniczył w wykonywaniu zamówienia i w związku z powyższym uzupełniam dokumenty potwierdzające spełnienie warunku doświadczenia określonego w ust. 2 rozdziału VI o oryginał umowy współpracy, który potwierdza osobisty udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.” Z treści przedmiotowej umowy wynika, że M..... F..... „zobowiązuje się do osobistego uczestniczenia w wykonywaniu zamówienia pełnienia w/w nadzoru inwestorskiego poprzez osobiste przekazywanie sumy wiadomości i umiejętności zdobytych w wyniku obserwacji poszczególnych sytuacji składających się na dane zdarzenia usługi nadzoru, a także wynikających z konieczności rozwiązywania problemów, podejmowania decyzji i podejmowania określonych działań. Ponadto przedmiotem współpracy będzie osobiste doradztwo Zleceniobiorcy, gdyż w taki sposób istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w okresie realizacji zamówienia. Zleceniobiorca będzie osobiście uczestniczył poprzez czuwanie w toku realizacji zamówienia nad prawidłowością stosowanych w danym przypadku technik nadzoru inwestorskiego, użycia określonych materiałów, przyjęcia określonego zaangażowania osobowego czy też technicznego przedsiębiorstwa. Zleceniobiorca jest świadomy, że nie jest możliwe oddzielenie doświadczenia i wiedzy od podmiotu, który je posiada i w ramach powyższej współpracy osobiście i bezwarunkowo oddaje się w całości do dyspozycji Zleceniodawcy” (§ 2 rzeczonyj umowy).

W przedmiocie rażąco niskiej ceny Odwołujący podał: „Kalkulując wysokość ceny ofertowej dla przedmiotu zamówienia na poziomie 47.970,00 zł brutto brałem pod uwagę:

- wynagrodzenie inspektora drogowego w kwocie 24.600,00 zł brutto,
- wynagrodzenie inspektora sanitarnego (kan., wod., gaz.) w kwocie 9.840,00 zł brutto,
- wynagrodzenie inspektora elektrycznego w kwocie 4.920,00 zł brutto,
- wynagrodzenie inspektora telekomunikacyjnego w kwocie 3.690,00 zł brutto,
- wynagrodzenie z tytułu umowy współpracy w kwocie 2.460,00 zł brutto,
- koszt ewent. badań laboratoryjnych i nieprzewidzianych wydatków – 2.460,00 zł brutto.

Informuję, że wszystkie podane wyżej wynagrodzenia obejmują całkowity koszt nadzoru inwestorskiego zgodnie z SIWZ wraz z wszelkimi ubezpieczeniami, składkami, kosztami transportu i innymi dodatkowymi kosztami, które mogą wyniknąć podczas nadzoru. Informuję, że kalkulując cenę wynagrodzenia w odniesieniu do innych możliwych konkurencyjnych ofert brałem pod uwagę oszczędność metody wykonywania zamówienia poprzez obniżenie kosztu dojazdu na miejsce pełnienia nadzoru np. rowerem. Informuję, że jestem świadomy złożonej oferty i obejmuje ona całość kosztów obowiązków określony SIWZ dla zadania.”

Pismem z dnia 7 kwietnia Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że: *„Z oferty oraz ze złożonych wyjaśnień nie wynika, że podmiot udostępniający zasoby doświadczenia będzie osobiście uczestniczył w wykonaniu zamówienia. W ramach wyjaśnień Wykonawca p. M..... K..... przedstawił Zamawiającemu zawartą między nim a p. M..... F..... umowę współpracy. Zapisy tej umowy są jednak blankietowe i nie są skorelowane z zapisami ustawy Prawo budowlane. Prawo budowlane w art. 25 i 26 wymaga osobistego uczestniczenia w procesie budowlanym czego niewątpliwie nie zapewniają blankietowe zapisy umowy współpracy. Rozszerzeniem i uzupełnieniem tych zapisów są zapisy SIWZ wraz z załącznikami, które wymagają od Inżyniera Kontraktu konkretnych, materialnych czynności, typu sprawdzanie projektów budowlanych wykonawczych, organizowanie prac na budowie, podejmowanie decyzji zgodnie z prawem budowlanym w oparciu o stan robót i posiadaną dokumentację. Tymczasem umowa o współpracy wspomina wyłącznie o doradztwie i mentalnym udziale w budowie, czynności Inżyniera kontraktu natomiast wymagają udziału na budowie i tam faktycznie rozgrywa się podejmowanie decyzji i korzystanie z wiedzy i doświadczenia. Nie można z wiedzy w zakresie budownictwa korzystać na odległość i w oderwaniu od stanu faktycznego na budowie. Analiza dokumentacji technicznej może się odbywać tylko tam, gdzie ona istnieje tj. na placu budowy. Trudno zatem korzystać z wiedzy i doświadczenia na odległość ok. 200 km (zamieszkanie p. M..... F.....) Jak wynika z umowy o współpracy nie gwarantuje on udziału na budowie tylko bliżej nie określonego przekazania sumy doświadczeń. Warunek*

doświadczenia został tak postawiony, aby mógł zagwarantować Zamawiającemu nadzór nad inwestycją osób doświadczonych w realizacjach analogicznych inwestycji. Logicznym jest zatem założenie, że udział mentora w realizacji inwestycji powinien występować przynajmniej tak często jak udział samego Inżyniera Kontraktu – co jest w tym konkretnym przypadku mało prawdopodobne przy założeniu, że mieszka on daleko od miejsca budowy, a kilkumiesięczne wynagrodzenie za sprawowanie jego pieczy nad inwestycją opiewa na kwotę 2.460,00 zł.”

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający podał, że: *„W wyznaczonym terminie wpłynęło do Zamawiającego pismo zawierające wyjaśnienia Wykonawcy w tym kalkulację ceny ofertowej. Jednak wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie były wystarczające do stwierdzenia, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że nie zawierały one dowodów, o które Zamawiający prosił (dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny). Obowiązujące orzecznictwo wskazuje, że istotnym jest, aby Wykonawca składając wyjaśnienia wskazał, które z elementów wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przyczyniają się do tak korzystnego ukształtowania ceny (...). Wykonawca wskazał, że kalkulując cenę wynagrodzenia do innych możliwych konkurencyjnych ofert brał pod uwagę oszczędność metody wykonywania zamówienia poprzez obniżenie kosztu dojazdu na miejsce pełnienia nadzoru np. rowerem. Wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie nie były przekonujące i nie zawierały dowodów (...).”*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Spornym w sprawie jest spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Odwołującego, który posłużył się dla wykazania postawionego warunku potencjałem udostępnionym mu przez podmiot trzeci, na podstawie regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Zamawiający w część VI pkt 1 ppkt 5 SIWZ sprecyzował, jak należy potraktować w przedmiotowym postępowaniu wykazywanie spełniania warunku udziału w postępowaniu z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymagając by – w przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów przy wykazywaniu spełnienia warunku doświadczenia, wykazał osobisty udział tych podmiotów w wykonaniu zamówienia. Z powyższego wynika, że na gruncie przedmiotowego postępowania, Zamawiający postanowił, iż charakter wymaganej wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, determinuje osobisty udział w wykonaniu zamówienia podmiotu, który taką wiedzę i doświadczenie przekazuje.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim 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 wykonywaniu zamówienia. Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które to postanowienia dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy Pzp (*ustawa z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. z 2009 Nr 206 poz. 1591*), wynika nadto z uzasadnienia wskazanej nowelizacji.

Ponadto, wskazany przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z brzmienia tego przepisu, zdanie drugie – przepis w tej części aż dwukrotnie akcentuje posłużenie się niezbędnymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego (udostępniającego ich), wskazując zarazem, że zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia. Niezbędność ta nie dotyczy zatem wyczerpania stanu formalnego: wykazania, że wykonawca otrzymał od podmiotu trzeciego stosowne referencje potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale posiadania wymaganej treścią SIWZ wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia.

Dostrzeżenia także wymaga, że przepis ten jest nieodłącznie związany z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi niejako rozwinięcie przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków, to jest art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przytoczony przepis służy zatem zabezpieczeniu interesów Zamawiającego,

któremu wykonawcy muszą wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To podstawowe wymogi ekonomiczno–techniczne, które mają zapewnić (albo przynajmniej uprawdopodobnić) realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny. Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu to cechy i właściwości wykonawcy wyrażające minimum wymagań, jakie zapewniają właściwe wykonanie zamówienia.

Dostrzec trzeba dalej, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi zatem *lex specialis* od wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie (względnie działając w ramach konsorcjum – art. 23 ustawy Pzp) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W świetle brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi zostać udowodnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie budzący wątpliwości co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu, jak również, że podmiot udzielający odpowiedniego zasobu (na gruncie analizowanej sprawy – wiedzy i doświadczenia) rzeczywiście go posiada w wymaganym przez zamawiającego zakresie.

Przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie. Na gruncie analizowanej sprawy, wobec jednoznacznego brzmienia SIWZ, owo udowodnienie, o którym mowa w analizowanym przepisie, powinno obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez Zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe

oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobu (lub inny, alternatywny dowód na tę okoliczność), jeśli jego przedmiotem jest wiedza i doświadczenie powinno także nawiązywać - tak jak wymaga tego część VI pkt 1 ppkt 5 SIWZ – do udziału podmiotu udostępniającego w wykonaniu zamówienia. Z powyższego wynika, że Zamawiający postanowił, iż charakter wymaganej wiedzy i doświadczenia, jakie są niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia wymaga w wykonaniu zamówienia udziału podmiotu, który taką wiedzę i doświadczenie przekazuje.

Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także, w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresu udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie.

Na gruncie niewątpliwej co do treści, definitywnie ukształtowanej SIWZ oddanie przez podmiot trzeci zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie wymaga udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, a zatem ten udział – w myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp także jest objęty obowiązkiem udowodnienia. Powyższy udział, w dozwolonej przez prawo postaci i zakreślony przez zamawiającego musi zostać wykazany przez wykonawcę w treści zobowiązania podmiotu trzeciego. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie zobligowany do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania wiedzą i doświadczeniem.

Tym samym, dowód składany przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne, mający służyć przekonaniu zamawiającego, że wykonawca ten dysponuje wymaganym do realizacji zamówienia zasobem, którym to dowodem może być między innymi, wymienione jako przykładowe w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnego zasobu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, powinien wskazywać wszelkie informacje, które pozwolą na przyjęcie (pozwolą zamawiającemu uznać za udowodnione), że w konkretnej sytuacji wykonawca ubiegający się o zamówienie, jakkolwiek samodzielnie nie spełnia danego warunku, to w momencie realizacji zamówienia będzie dysponować wymaganym zasobem jak własnym. Na gruncie analizowanego postępowania, wobec postawionego wymagania w SIWZ, treścią udowodnienia za pomocą zobowiązania do

udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia objęty jest także udział podmiotu udostępniającego w wykonaniu zamówienia.

Jednocześnie zauważyć należy, że nie jest uprawnione wnioskowanie, zgodnie z którym, skoro w zobowiązaniu (lub innym dokumencie), o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zawarto deklarację udzielenia innemu podmiotowi wiedzy i doświadczenia, to skutkuje to udziałem wystawcy takiego oświadczenia w realizacji zamówienia. O ile bowiem możliwa jest relacja odwrotna – fakt uczestnictwa przez podmiot trzeci w wykonaniu zamówienia co do zasady implikuje wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu udzielającego tego zasobu w zakresie wynikającym z tego udziału, nie sposób uznać, by taka sama sytuacja zachodziła, gdy podmiot trzeci składa deklarację udzielenia wiedzy i doświadczenia a jednocześnie nie jest wykazany jego udział w realizacji zamówienia, czy to jako podwykonawca czy na innej podstawie. Można sobie wyobrazić sytuację, gdy podmiot trzeci udzielając wiedzy i doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co znajdzie wyraz w przekazaniu referencji (lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, usług lub robót) z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o zamówienie, w ogóle nie będzie brał udziału w wykonaniu tego zamówienia albo jego udział będzie obejmował zakres całkowicie odmienny i niezwiązany zupełnie z przedmiotem oddanego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia lub też jego udział będzie nieadekwatny, zważywszy na przedmiot zamówienia czy też wymagania zamawiającego. Taki stan będzie stanowił niewątpliwie użyczenie jedynie dokumentu w postaci referencji (lub innego tego rodzaju dokumentu) tylko dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

O ile, co do zasady zgodzić się z poglądem, że uczestnictwo w realizacji zamówienia może w konkretnych sytuacjach przejawiać się przykładowo doradztwem na rzecz wykonawcy korzystającego z wiedzy i doświadczenia, to jednak każdorazowo zależy to od charakteru udostępnianego zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie w danym postępowaniu oraz przedmiotu postępowania, dla wykonania którego niezbędna jest wymagana wiedza i doświadczenie.

Nie ulega wątpliwości, że SIWZ zawiera wymaganie wskazania udziału w wykonywaniu zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. Bezsprzeczne jest, że z zobowiązania załączonego do oferty Odwołującego nie wynika taki udział podmiotu udzielającego zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie. Również w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, Odwołujący nie złożył dokumentu, z którego by wynikało spełnienie postawionego warunku. Wezwanie z dnia 1 kwietnia 2014 r. do uzupełnienia dokumentu szczegółowo i precyzyjnie wskazywało niedoskonałości uprzednio złożonego zobowiązania, podając wyraźnie postanowienie specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, gdzie wymagano udziału wystawcy zobowiązania w realizacji zamówienia, z zaakcentowaniem, poprzez „pogrubienie tekstu” tego udziału.

Nie sposób przy tym wnioskować, iż okolicznością przemawiającą za uznaniem warunku za spełniony jest fakt, że z przedstawionych przez Odwołującego dowodów dysponowania doświadczonymi osobami z wieloletnim doświadczeniem w wykonywaniu usług tożsamy jest możliwe jest należyte i terminowe wykonanie przedmiotowego zamówienia. Dysponowanie odpowiednimi osobami nie zastępuje wykazania - w sposób określony w treści specyfikacji – dysponowania wiedzą i doświadczeniem. Nie wydaje się właściwym przyjęcie założenia, że w razie oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, to przekazanie wiedzy i doświadczenia może w konkretnej sytuacji być następstwem innej, niż udział w wykonywaniu zamówienia aktywności podmiotu udostępniającego, w tym przykładowo zaangażowania pracowników tego podmiotu. Zamawiający wszak dla uzyskania pewności prawidłowej realizacji zamówienia stawia różne warunki – każdy z nich ma inny charakter i znaczenie. Czym innym jest wymaganie wiedzy i doświadczenia, inną zaś sprawą dysponowanie odpowiednimi osobami, wyposażenie w niezbędne maszyny i sprzęt. Nie jest dopuszczalną sytuacją zastąpienia wykazania postawionego warunku innym, czyli tak jak ma to miejsce w odniesieniu do argumentacji Odwołującego - zaangażowanie osób miałyby być substytutem wymaganej wiedzy i doświadczenia. Nie wystarczy także subiektywne przeświadczenie wykonawcy o zdolności wykonania zamówienia - ta zdolność, w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych - jest pochodną spełnienia określonych warunków, tak jak postawił je w danym postępowaniu Zamawiający.

W niniejszej sprawie Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości postawił wymóg osobistego uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Jednocześnie wskazanie na osobisty udział w realizacji zamówienia powoduje, uwzględniając znaczenie językowe przymiotnika „osobisty”, konieczność zaangażowania bez udziału pośredników, we własnej osobie (Słownik Języka Polskiego, PWN). Analiza wyjaśnień złożonych przez Odwołującego prowadzi do wniosku, że jakkolwiek Odwołujący w powoływanej umowie o współpracy nawiązuje do osobistego udziału podmiotu użyczającego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, to jednak w ocenie Izby, po pierwsze, postanowienia te mają charakter blankietowy i wydają się być nakierowane na uzyskanie wrażenia o osobistym udziale w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego. Posługiwanie się sformułowaniami „osobiste przekazywanie sumy wiadomości i umiejętności”, „osobiste doradztwo”, „osobiste czuwanie w toku realizacji zamówienia” w okolicznościach niniejszej sprawy niewiele oznacza, w istocie bowiem można jedynie dedukować o pewnym mentorskim charakterze tej współpracy. Jednocześnie opis tej współpracy jest na tyle ogólny, że w żaden sposób udział tego podmiotu w realizacji zamówienia jest niesprawdzalny przez Zamawiającego, może

mieć charakter fikcyjny i nie łączy się, a przynajmniej Odwołujący tego nie wykazał, z fizyczną obecnością tego podmiotu na budowie.

I w tym zakresie dotykamy kolejnego aspektu przekazania wiedzy i doświadczenia, a więc sposobu transferu tychże. Na gruncie niniejszej sprawy, w ocenie Izby, osobisty udział w realizacji zamówienia, zważywszy na rodzaj zamówienia, nie może polegać na przekazaniu wiadomości i umiejętności oraz doradztwie. Proces budowlany jest na tyle skomplikowanym i dynamicznym przedsięwzięciem, że ograniczenie wypełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jedynie do usług o charakterze konsultingowym nie jest wystarczające. Zaś, ze sformułowania o „osobistym czuwaniu” nie można wyprowadzić tak daleko idących wniosków, że podmiot trzeci będzie brał udział w toku czynności na miejscu realizacji przedsięwzięcia, a nie w inny sposób. Co więcej, za przyjęciem, że udział podmiotu trzeciego będzie miał bliżej nieokreślone znaczenie i charakter przemawia wynagrodzenie dla wspomnianego podmiotu. Biorąc pod uwagę okres i miejsce realizacji zamówienia, miejsce zamieszkania M..... F..... i ogólnikowość umowy o współpracy należy przyjąć, że wynagrodzenie to stanowi surogat za udostępnienie potencjału, w istocie referencji, na potrzeby niniejszego zamówienia a nie stanowi wynagrodzenia związanego z realnym udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego, który wyraża się w faktycznym i adekwatnym uczestnictwie M..... F..... w realizacji zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający nie tyle, jak twierdzi Odwołujący, utożsamia rolę podmiotu trzeciego z funkcją Inżyniera Kontraktu, ale zwraca uwagę na złożoność, charakter, znaczenie i częstotliwość czynności podejmowanych przez poszczególnych inspektorów nadzoru inwestorskiego oraz rolę Inżyniera Kontraktu, dla których mentorskie wsparcie, w świetle potrzeb i brzmienia SIWZ, należy uznać za niewystarczające i twierdzenie to należy podzielić. Gdyby pójść tokiem rozumowania Odwołującego należałoby dojść do przekonania, że spełnienie wymogów Zamawiającego w zakresie potencjału osobowego daje gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia, zaś przekazanie wiedzy i doświadczenia nie ma istotnego znaczenia wobec uprawnień inspektorów nadzoru inwestorskiego i Inżyniera Kontraktu. Z poglądem tym nie należy się jednak zgodzić, bowiem Zamawiający wyraźnie rozgraniczył oba warunki udziału w postępowaniu, wskazując na odrębny sposób spełnienia każdego z nich.

Podkreślenia wymaga, że rolą Odwołującego nie jest formalne wypełnienie żądań Zamawiającego, ale faktyczne wykazanie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie został bowiem wprowadzony w celu „handlu referencjami” i zapewnienia instrumentu do pozornego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale by dać możliwość zwiększenia konkurencyjności uczestników rynku zamówień publicznych.

Podsumowując stwierdzić należy, że wymaganego w postępowaniu udziału podmiotu udostępniającego wiedzy i doświadczenia w wykonaniu zamówienia Odwołujący nie wykazał w zobowiązaniu podmiotu trzeciego a następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu.

Z tego względu, zasadną i poprawną była ocena dokonana przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Przechodząc do oceny drugiego aspektu sprawy, a mianowicie rażąco niskiej ceny, stwierdzić należy, iż w ocenie Izby, zaniechanie przedłożenia dowodów w celu potwierdzenia okoliczności przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 3 kwietnia 2014 r. nie może stanowić w istocie podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający mocą przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawniony jest do żądania wyjaśnień, Zamawiający nie może zaniechać ich oceny albo też poprzestać na konstatacji, że wyjaśnienia są niewystarczające. Skoro Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów istotnych elementów cenotwórczych zamówienia to Zamawiający uznając cenę za rażąco niską zobowiązany jest ustalić, że kalkulacja ta obarczona jest błędem i wadliwość jej wskazać. Koszty usług inspektorów nadzoru mogą być ocenione na podstawie doświadczenia życiowego tym bardziej, że Zamawiający jest profesjonalnym uczestnikiem rynku robót budowlanych. Zamawiający nie udźwignął obowiązku w tym zakresie i już z tej przyczyny należy uznać, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp była nieprawidłowa.

Dodatkowo wskazać należy, iż cena za realizację niniejszego zamówienia odpowiada cenom rynkowym, oscyluje bowiem na poziomie 1% wartości robót budowlanych. Nie odbiega również w sposób znaczący od ceny oferty najkorzystniejszej co powoduje, iż brak podstaw do uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jeśli idzie o pozostałe czynności kwestionowane przez Odwołującego, to biorąc pod uwagę, że nie mieszczą się one w katalogu czynności, o których mowa w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a więc nie mogą być przedmiotem odwołania w zamówieniach tzw. podprogowych, zarzuty sformułowane przez Odwołującego w tym przedmiocie nie podlegają rozpoznaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł.

Przewodniczący: