

WYROK
z dnia 29 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2013 r. przez Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Gminę Dąbrowa Górnicza w Dąbrowie Górniczej,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Dąbrowa Górnicza w Dąbrowie Górniczej unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie terenu w rejonie osiedla Mickiewicza i Norwida w Dąbrowie Górniczej w tym Etap I ul. Majkowskiego” z uwzględnieniem oferty Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach, w tym poprawienie w tej ofercie opisu poz. 55, 56 i 57 kosztorysu ofertowego pn. „Budowa i przebudowa sieci kanalizacji deszczowej wraz przyłączami” przez zastąpienie opisu tych pozycji kosztorysowych opisem z adekwatnych pozycji przedmiarowych zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Dąbrowa Górnicza w Dąbrowie Górniczej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Dąbrowa Górnicza w Dąbrowie Górniczej na rzecz Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Dąbrowa Górnicza w Dąbrowie Górniczej, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie terenu w rejonie osiedla Mickiewicza i Norwida w Dąbrowie Górniczej w tym Etap I ul. Majkowskiego”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 31 sierpnia 2013 r. w Dz. Urz. UE Nr 2013/S169-292463.

W dniu 06.11.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach (zwana dalej „Eurovia”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. w Będzinie oraz PW-ETA Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej (zwanym dalej „Konsorcjum”), jako najkorzystniejszej.

W dniu 15.11.2013 r. Eurovia wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, wskazując, iż interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się tym, iż jego oferta, w świetle obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu kryteriów wyboru jest ofertą najkorzystniejszą - ofertą o najniższej cenie. Bezpodstawne jej odrzucenie powoduje utratę możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W związku z odrzuceniem jej oferty Eurovia zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ustawy.

Ponadto, z ostrożności procesowej, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b Pzp w związku z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego;
3. wykluczenia z postępowania Konsorcjum;
4. dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Ad.1 odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

W ocenie Odwołującego Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy bezpodstawnie odrzucił jego ofertę. W dniu 6 listopada 2013 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o wyniku postępowania. W treści przekazanej informacji, zgodnie z przepisem, art.92 ust.1 Zamawiający wskazał wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą a także poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, ze względu na to, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wskazane przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy przekazanym przedmiarem a kosztorysem ofertowym (poz.55,56,57 kosztorysu na wykonanie kanalizacji deszczowej), stanowiące podstawę do odrzucenia oferty, trudno uznać za błędy stanowiące o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący nie neguje, iż treść trzech powyższych pozycji kosztorysu ofertowego nie jest tożsamy z opisem zawartym w przekazanym przez Zamawiającego przedmiarze robót.

Odwołujący jednak nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w zawiadomieniu przekazanym w trybie art.92 ust.1 pkt 1 ustawy.

Stwierdzone w kosztorysie ofertowym rozbieżności w stosunku do przekazanego przedmiaru dotyczą „opisu robót”. Powyższa rozbieżność jest następstwem popełnionej omyłki, będącej niedostrzeżeniem, że w tych trzech pozycjach przedmiaru Zamawiający dokonał zmian, w stosunku do przedmiaru, przekazanego w uprzednio prowadzonym, unieważnionym postępowaniu, na realizację przedmiotowego zamówienia¹. A Odwołujący do sporządzenia oferty wykorzystał w pewnym zakresie przedmiary z poprzednio prowadzonego postępowania.

Rozbieżności pomiędzy treścią przedmiaru przekazanego przez Zamawiającego a treścią kosztorysu ofertowego Odwołującego, stanowiące - zdaniem Zamawiającego - nieusuwalną wadę i dostateczną podstawę do odrzucenia oferty ujawniają się w kolumnie 3 „Przedmiot, opis robót”:

Poz.	Nr ST	Podstawa, opis robót	
		Przedmiar	Kosztorys ofertowy
55	K.04.00	<p>Kalkulacja indywidualna.</p> <p>Wymiana studni istniejącej Dn 1000 Dm41 istn.</p> <p>Dm41 istn. Dn 1000 mmm H=3,54.</p> <p>Wymiana istniejącej studni: płyta denna wraz z kinetą kręgi betonowe, pierścień odciążający, pokrywa nastudzienna w złazem żeliwnym typ ciężki, przejście szczelne - wraz z robotami ziemnymi. Z odwozem gruzu na składowisko (z utylizacją) - odległość w gestii wykonawcy</p> <p>1=1,00 kpl</p>	<p>Kalkulacja indywidualna.</p> <p>Remont studni istniejącej Dn 1000. Remont istniejącej studni Dn 1000 Hn = 4,50</p> <p>Dm41 istn. Dn 1000 mm H=3,54</p> <p>1 = 1,00 kpl</p>

¹ Suplement do Dz.Urz.U.E: 2013/S 119-202386 z dnia: 21/06/2013. Unieważnienie postępowania nastąpiło 13.08.2013r.

56	K.04.00	<p>Kalkulacja indywidualna.</p> <p>Wymiana studni istniejącej Dn 1200 k157</p> <p>k157 Dn 1200 H=4,40.</p> <p>Wymiana istniejącej studni: płyta denna wraz z kinetą kręgi betonowe, pierścień odciążający, pokrywa nastudzienna w złazem żeliwnym typ ciężki, przejście szczelne - wraz z robotami ziemnymi. Z odwozem gruzu na składowisko (z utylizacją) - odległość w gestii wykonawcy</p> <p>l=1,00 kpl</p>	<p>Kalkulacja indywidualna.</p> <p>Remont studni istniejącej D_n 1200. Remont istniejącej studni D_n 1200 H_n = 5,50</p> <p>k157 D_n 1200 mm H=4,40</p> <p>l = 1,00 kpl</p>
57	K.04.00	<p>Kalkulacja indywidualna.</p> <p>Wymiana studni istniejącej Dn 1500 k557</p> <p>k557 istn. Dn 1500 H=2,80.</p> <p>Wymiana istniejącej studni: płyta denna wraz z kinetą kręgi betonowe, pierścień odciążający, pokrywa nastudzienna w złazem żeliwnym typ ciężki, przejście szczelne - wraz z robotami ziemnymi. Z odwozem gruzu na składowisko (z utylizacją) – odległość w gestii wykonawcy.</p> <p>l=1,00 kpl</p>	<p>Kalkulacja indywidualna.</p> <p>Remont studni istniejącej D_n 1500. Remont istniejącej studni D_n 1500 H_n = 2,80</p> <p>k557 istn. D_n 1500 mm H=2,80</p> <p>l = 1,00 kpl</p>

Po pierwsze - nie budzi chyba żadnych wątpliwości, iż powyższe pozycje kosztorysu ofertowego Odwołującego odnoszą się do tych trzech istniejących studni, dostatecznie dokładnie zidentyfikowanych i opisanych parametrami technicznymi, które są ujęte w tych pozycjach przedmiaru,

Po drugie - sposób wykonania przedmiotowych robót, oprócz tego, iż Zamawiający ich opis ujął skrótowo w przedmiarze zostały szczegółowo opisane w przekazanym wykonawcom i wiążącym dokumencie, jaki stanowią „Warunki techniczne wykonania i odbioru robót opracowane przez Pracownię Architektoniczno - Urbanistyczną ALMA PROJEKT ze Sławkowa. W odniesieniu do tych trzech kwestionowanych pozycji

kosztorysu Odwołującego powyższy dokument w zakresie studni kanalizacji deszczowej określa powyższe wymagania następująco ²:

„Studnie kanalizacyjne rewizyjne należy wykonać z prefabrykatów żelbetowych z betonu o klasie C35/45, wodoszczelnego W-10, łączone na uszczelki gumowe odporne na agresywne oddziaływanie ścieków i gazów kanałowych. Pod studnie należy wykonać płyty z betonu min. C12/15. W zależności od istniejących warunków gruntowych, płytę można posadzić bezpośrednio na wyrównanym podłożu lub na podsypce, wykonanej z piasku. Dno studni jako prefabrykat z wykonanymi otworami przyłączeniowymi, z wyprofilowaną kinetą i płytą spocznikową. Studnie należy wyposażyć w przejścia szczelne z pierścieniami uszczelniającymi na wlotach i wylotach lub w króćce połączeniowe dla przyłączy kanalizacyjnych, dostosowane do rodzaju rur. Przejścia muszą być szczelne i elastyczne. Studnię wyposażyć w drabinkę ze stali nierdzewnej, spocznik z posypką antypoślizgową, pierścień odciążający, żelbetową płytę pokrywową i właz żeliwny”.³

I w takim też zakresie robót, jak wskazano w „Warunkach technicznych wykonania i odbioru robót” Odwołujący skalkulował koszty wykonania robót na wskazanych trzech studniach.

Potwierdza to również cena kosztorysowa za wykonanie tych trzech pozycji w kwocie 12.000 PLN. Jest to cena zbliżona do od ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę (niższa o niecałe 15%)⁴.

Po trzecie - w przekazanej wykonawcom „SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT. ST-K.04.00 Kanalizacja sanitarna i deszczowa” w punkcie 1.4 . Określenia podstawowe” nie zostało zdefiniowane użyte w przedmiarze pojęcie „wymiana istniejącej studni”. W związku z powyższym, w przypadku braku odmiennego definiowania używanych w konkretnym postępowaniu pojęć w odniesieniu do obiektów budowlanych, można przez analogię, odnieść się do

² SPECYFIKACJA TECHNICZNA WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT. ST-K.04.00.Kanalizacja sanitarna i deszczowa. Studnie kanalizacji deszczowej (str.5 ST)

³ Zakres robót i sposób wykonania robót w tym zakresie (studni kanalizacyjnych) nie zmienił się w stosunku do wymagań w uprzednio prowadzonym i unieważnionym postępowaniu. Tak więc możliwość wykorzystania przez Odwołującego uprzednio przygotowywanego kosztorysu w tym zakresie nie prowadzi do żadnej niezgodności lub sprzeczności z warunkami przedmiotowego postępowania.

⁴ Na marginesie przedstawionych argumentów, spór dotyczy trzech pozycji kosztorysowych skalkulowanych przez Odwołującego, których wartość w odniesieniu do ceny ofertowej stanowi 0,0229% (0,229 promila !).

przepisów ustawy Prawo budowlane. Pojęcie „wymiana” oczywiście nie występuje w tej ustawie. Potoczne natomiast znaczenie tego pojęcia to „zastąpienie jakiejś rzeczy inną”⁵, i zazwyczaj odnosi się do takich elementów, które można zamienić na jakiś inny. W robotach budowlanych używa się pojęcia „wymiana”, ale zazwyczaj dotyczy to elementów o takich właśnie cechach - np. wymiana solarki okiennej, wymiana instalacji itp. Natomiast raczej nie jest spotykane stosowanie tego określenia w odniesieniu do wbudowywanych obiektów kubaturowych, a takim bezspornie jest studnia kanalizacyjna. Z opisu ujętego w przedmiarze wynika, że w zakresie spornych studni chodzi raczej o wykonywanie w istniejących obiektach (studniach) robót budowlanych, które nie stanowią bieżącej konserwacji, a polegają na odtworzeniu stanu pierwotnego, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. A więc robót mających cechy „remontu” lub „przebudowy” w rozumieniu przepisów art. 3 pkt 7a i 8 ustawy Prawo budowlane. Więc nawet w tym rozumieniu, rozbieżność w treści opisu trzech spornych pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego, nie wykazuje istotnych różnic w odniesieniu do opisu w przedmiarze.

Po czwarte - W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w Rozdz. 23 Opis sposobu obliczenia ceny oraz waluta oferty i rozliczeń w pkt 5. Zamawiający wskazał, iż:

„Do wyliczenia ceny służą projekt, rysunki uzupełniające, przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i normy budowlane. Podstawy wyceny podane w przedmiarze robót nie są obligatoryjne i należy traktować je poglądowo /w zakresie opisu wyszczególnienia czynności/. Zamawiający wymaga, aby opisy robót pozycji przedmiarowych, jednostki miar i ilości tych jednostek w kosztorysach ofertowych odpowiadały opisom robót pozycji przedmiarowych, jednostek miar i ich ilości z pozycji przedmiarowych Zamawiającego”.

W świetle powyższego postanowienia, Zamawiający wskazując, iż opisy pozycji w kosztorysie ofertowych muszą „odpowiadać” opisom w pozycjach przedmiarowych nie postawił bezwzględnego wymogu aby wykonawca te opisy skopiował, aby były one tożsame. Przecież „odpowiadać” to być adekwatnym, zgodnym z czymś, być podobnym do wskazanego elementu - w tym przypadku do opisu robót.

⁵ Słownik Języka Polskiego. WN PWN SA.

W świetle powyższych wyjaśnień należy więc odpowiedzieć na podstawowe pytanie - czy wykazywane przez Zamawiającego rozbieżność w trzech pozycjach w kolumnie 3 kosztorysu ofertowego Odwołującego stanowi faktycznie taką niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, iż bez ich poprawienia oferta podlega odrzuceniu?.

Jeżeli Izba uzna, iż oferty Odwołującego o takiej treści, Zamawiający nie może przyjąć, to w ocenie Odwołującego wskazane rozbieżności kwalifikują się jako omyłki podlegających poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a ich poprawienie nie powoduje istotnej zmiany treści złożonej oferty.

Sposób rozumienia i poprawnego stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie pozwala na automatyczne odrzucenie oferty z powodu jakiegokolwiek niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Świadczy o tym odesłanie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zawarte w treści art.89 ust.1 pkt 2.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który zobowiązuje zamawiającego do poprawienia takich niezgodności z treścią SIWZ, które po pierwsze mają charakter omyłki, a po drugie - jej poprawienie nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają wytycznych, w jaki sposób oceniać istotność zmian w treści oferty.

Kwestię tę należy analizować z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy oraz celu przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, którym jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert merytorycznie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Ocena dotycząca właściwego stosowania przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 została dostatecznie jednolicie ukształtowana w bogatym orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwem sądowym, dlatego też Odwołujący ogranicza się do przytoczenia tylko jednego z uzasadnień do wyroków, w którym zawarte uzasadnienia przyjmuje jako swój pogląd:

„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt V Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWI (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Dyspozycja art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści

oferty z SIWZ. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia "nieświadomości" wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty ze specyfikacją czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z SIWZ. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z niedbalstwa, zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań SIWZ.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem SIWZ, która z założenia ma być zgodna z treścią SIWZ i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a specyfikacją, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (co znajdzie ostateczny wyraz w braku zgody na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest bardzo trudne). Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia "istotności" oraz definiowanej a contrario "nieistotności", a także możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W

orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii (np. w celu uniknięcia tzw. "kazu lamp na obwodnicy Wrocławia", czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Powyższe oczywiście nie dotyczy zmian formalnego sposobu prezentacji czy przedstawienia essentialiae negotii oferty bez dokonywania zmian ich ustalonego, rzeczywistego znaczenia i treści, dotyczy natomiast zakazu istotnego zmieniania samego zobowiązania wyrażonego w ofercie. Zmiana zobowiązania ofertowego musi więc być zakresowo ograniczona.

Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki daną ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty (np. porównania sprzeczności w ofercie zawartych, oceny charakteru niezgodności, ustalenia i wykorzystania innych danych w ofercie zawartych lub wynikających z SIWZ), ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy." (WYROK z dnia 24 kwietnia 2012 r. Sygn. akt: KIO 823/12).

KONKLUZJA - mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionej decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i nakazanie jak w petitum.

Ad.2 zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejsza na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy

W celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wybrany wykonawca skorzystał z uprawnienia wynikającego z treści art.26 ust.2b ustawy i przedłożył zobowiązanie z dnia 10 października 2013 r. „Kolektywnego Przedsiębiorstwa Budowlano - Montażowego „Orbita - Rożyszcze” z Ukrainy do „udzielenia firmie Liderowi (...) środków w postaci wiedzy i doświadczenia” oraz referencje tego przedsiębiorstwa, (str.99 do 110 oferty).

W zakresie pozostałych wymagań ukształtowanych przepisem art.26 ust.2b Przedsiębiorstwo z Ukrainy oświadcza, iż *„Przekazanie wiedzy i doświadczenia odbywać się będzie poprzez konsultacje i rekomendacje w granicach współpracy dwóch firm, a także informacji dotyczących wiedzy i doświadczenia.”*

Fakt, iż przedsiębiorstwo z Ukrainy nie będzie brało udziału w wykonywaniu zamówienia potwierdza także treść złożonej oferty, w której w pkt. 11 i 11.1. formularza ofertowego wybrany wykonawca wskazuje, iż część robót zamierza zlecić podwykonawcy z Częstochowy, natomiast podmiot, na bazie doświadczenia którego wybrany wykonawca potwierdza posiadanie wiedzy i doświadczenia, nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, a stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia - zwłaszcza w robotach budowlanych - winno, co do zasady wyrażać się faktycznym i bezpośrednim udziałem podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji zamówienia.

W tym zakresie, Odwołujący opiera zarzuty wobec Zamawiającego - zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy - na wielokrotnie podnoszonych i diskutowanych kwestiach związanych z właściwym stosowaniem przepisu art.26 ust. 2b, których konkluzje Odwołujący znajduje w poniższych wyrokach, przyjmując jako swój punkt oceny: *„Nie budzi wątpliwości Izby i poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia (przeciwstawioną i zapobiegającą patologicznym zjawiskom występującym na rynku zamówień publicznych określanym zbiorczo jako tzw. "handel referencjami"). Przy czym tego typu realność - w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia - należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia”.* (WYROK z dnia 12 czerwca 2013 r. Sygn. akt: KIO 1247/13)

„Izba podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11) zwrócił uwagę na to, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne

wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia". (WYROK z dnia 11 lutego 2013 r. Sygn. akt KIO 179/13)

„Wskazać należy w tym miejscu na specyfikę zasobu wiedzy i doświadczenia. Pojęcie "doświadczenie" wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności. Wiedzę teoretyczną można przekazać w postaci szkoleń, porad, konsultacji ale "doświadczenie" jest inną kategorią pojęciową: obejmuje umiejętności praktyczne, nabywane w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia. Aby tę empiryczną wiedzę uzyskać, konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu przedsięwzięć, a zatem nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji czy doradztwa.

Podkreślić należy, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Należy mieć na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 2 b, przepis ten pozostawia woli i decyzji wykonawcy i podmiotu trzeciego określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, musi jednak udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, oraz że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie - na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Podkreślić należy, że w przypadku korzystania przez wykonawcę z możliwości powołania się na zasoby innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu został wzmocniony, poprzez obowiązek udowodnienia (por. Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34), że wykonawca będzie dysponował w sposób realny odpowiednimi

umiejętnościami, które wyrażać się muszą wykonywaniem części przedmiotu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, co powinno zostać w zobowiązaniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający wyrażone (patrz orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari)". (WYROK z dnia 8 maja 2013 r. Sygn. akt KIO 953/13).

Istota zarzutu Odwołującego w niniejszej sprawie sprowadza się więc do odpowiedzi na pytanie - czy dysponowanie zasobami innego podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie polegał oznacza, że podmiot ten zobowiązany jest uczestniczyć w realizacji zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jako podwykonawca, czy też może udostępniać swoje wiedzę doświadczenie tylko w formie „konsultacji i rekomendacji”, na dodatek w niekreślony zupełnie sposób?

W ocenie Odwołującego - w przypadku robót budowlanych, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, nie jest możliwe rzeczywiste i skuteczne przekazanie czyjegoś doświadczenia tylko w takiej formie, bez czynnego i bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego swoje zasoby w tym zakresie.

Tym samym wybrany wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji tego wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 ustawy. Zamawiający zaniechał podjęcia tych czynności.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością zreferowano stan faktyczny sprawy – co zostało zreferowane powyżej.

Dodatkowo Izba ustaliła, iż przedmiotowy kosztorys ofertowy (zawierający ww. pozycje nr 55, 56 i 57) oznaczono tytułem: „Budowa i przebudowa sieci kanalizacji deszczowej wraz przyłączami”.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, w związku z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Przepis art. 87 Pzp natomiast stanowi:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a 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, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Powyższe sankcjonowane jest m.in. przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym odnośnie ww. wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu zastrzec należy, iż według normy 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 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.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Izba wskazuje również na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe regulacje dotyczące rozkładu *onus probandi* pozostają skorelowane z ekonomiką postępowania odwoławczego, z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego Izba stwierdza, że zarzut jest zasadny – zamawiający dopuścił się w tym przypadku naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, pomimo zaistnienia przesłanek do zastosowania ww. przepisu i poprawienia na jego podstawie treści oferty odwołującego.

W rozpatrywanym przypadku, okoliczności faktyczne stanowiące podstawę stwierdzenia przez zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ nie są sporne – opis pozycji 55, 56 i 57 pomieszczonych w kosztorysie ofertowym różni się od opisu adekwatnych pozycji w przedmiarze robót przygotowanym przez zamawiającego w sposób opisany w treści odwołania. Abstrahując od rzeczywistego znaczenia, różnie interpretowanego przez strony, postanowienia rozdz. 23 pkt 5 SIWZ (przywoływanego w treści odwołania), a dotyczącego wymagań, co do zawartości oraz kształtu opisu pozycji przedmiarowych/kosztorysowych, a więc pomijając kwestię w jakim stopniu przedmiar i kosztorys ofertowy winny być w tym zakresie tożsame i dosłownie zgodne, a na ile wystarczające do potwierdzenia i stwierdzenia zgodności robót oferowanych i zamawianych, pozostawało samo odniesienie poszczególnych pozycji do dokumentacji projektowej stanowiących opis przedmiotu zamówienia, Izba stwierdza, że wskazane różnice pomiędzy treścią przedmiaru i kosztorysu ofertowego rzeczywiście wystąpiły, a także konstatuje, że możliwe było ich usunięcie przez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba poprzestała więc na uproszczonym stwierdzeniu, że wskazane rozbieżności były ewidentne, a przyjęcie, że są one li tylko pozorne, nie było możliwe ze względu na „nieoczywistość” zakresu oferowanych robót wskazanych i opisanych w przedmiotowych pozycjach kosztorysu ofertowego (który w tym przypadku stanowił część oferty). Nie było możliwe niebudzące wątpliwości uznanie, że wskazane rozbieżności polegają tylko na różnym

opisie pozycji, który jednak odzwierciedla treść zobowiązania materialnie zgodnego z wymaganiami zamawiającego – co według odwołującego miało nie tylko znajdować potwierdzenie w określonej interpretacji treści jego oferty oraz treści specyfikacji, ale również znaleźć oparcie w jego ewentualnych wyjaśnieniach i potwierdzeniach, które mógłby złożyć w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Nawet przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności danej sprawy, kwalifikacja użytego przez wykonawcę słowa „remont”, jako odnoszącego się do wykonania wymaganej wymiany studzienek opisanej w STWIOR, nie była wcale oczywista, a wątpliwości z tym związane wymagają dalej idących czynności niż tylko wyjaśnienie treści oferty. Izba poprzestała więc na stwierdzeniu, że rozbieżności pomiędzy treścią przedmiaru i kosztorysu w tym zakresie oraz związane z tym wątpliwości, co do treści oferty, rzeczywiście wystąpiły. Izba jeszcze raz podkreśla, że tego typu różnice pozostają ewidentne, i jakkolwiek, jako takie, podlegać mogły wszelkim wyjaśnieniom, to jednak ich konwalidacja przez odpowiednią interpretację i określone odczytanie nastęrcza wiele trudności. Tym samym w świetle adekwatnych regulacji prawnych, za najlepszy sposób na usunięcie rzeczonych wątpliwości, co do rzeczywistej zobowiązaniowej treści i znaczenia oferty w zakresie przedmiotowych studzienek kanalizacyjnych, Izba uznała jej poprawienie. Zwłaszcza, gdy wypełnienie przesłanek takiego poprawienia wynikających z powoływanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jest w tym przypadku ewidentne. Natomiast zamawiający uzyska w ten sposób pewność, co do samej treści oferty (bez negocjowania jej treści) i jej literalnej zgodności z SIWZ – po jej poprawieniu i uzyskaniu zgody wykonawcy na powyższe.

Odnosząc się do wspomnianych przesłanek poprawienia oferty, należy wskazać, iż po pierwsze wystąpiła w tym przypadku omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z SIWZ. Nie sposób bowiem założyć i przyjąć, iż wbrew wymaganiom zamawiającego wykonawca zamierzał wykonać w przedmiotowym zakresie jakiegokolwiek inne roboty niż opisane i wymagane w SIWZ. W szczególności nie sposób ustalić celu i sensu odstępstwa od dokumentacji projektowej zamawiającego, skutkującego wątpliwą oszczędnością rzędu promili ceny ofertowej, gdy wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ nie nastęrcza żadnych trudności technicznych bądź logistycznych oraz dotyczy jego bardzo niewielkiej części. Geneza i charakter stwierdzonej omyłki nie budzą w tym względzie wątpliwości – wykonawca przez przeoczenie lub inne niedbalstwo nie przeniósł do kosztorysu opisów pozycji przedmiarowych sporządzonych przez zamawiającego.

Poprawienie przedmiotowej niezgodności oferty z SIWZ nie pociągnie istotnych zmian w treści oferty. Pomijając psychologiczne nastawienie zamawiającego do kwestii zasadniczości rozróżnienia pojęć „remont” i „wymiana” oraz podkreślanej przezeń istotności rzeczowych

różnic pomiędzy zakresami robót, do których pojęcia te mogą się odnosić, wskazać należy, iż istotność zmiany w treści oferty należy przede wszystkim odnosić i oceniać w kontekście ich zakresu i znaczenia dla samej treści oferty. Innymi słowy, należy ocenić w jakim stopniu i zakresie pierwotna treść oferty będzie się różnić od treści nowej (poprawionej) oraz jaki jest charakter tego typu zmian, a nie oceniać jak subiektywnie ważne były dla zamawiającego postanowienia SIWZ, z którymi w niezgodność wykonawca omyłkowo w swojej ofercie popadł. Natomiast w kontekście wartości całej oferty, ilości składających się na nią robót, a także bliżej nieokreślonych definicyjnych i rzeczowych różnic pomiędzy „wymianą” a „remontem”, samo poprawienie opisu pozycji kosztorysowych w zakresie opisanym w odwołaniu nie będzie żadną istotną zmianą treści oferty.

Również nie zachodzą w tym zakresie żadne wątpliwości, co do właściwego sposobu przeprowadzenia rzeczonych poprawek. Wzorca poprawienia dostarcza w tym przypadku treść samej SIWZ – należy zastąpić opisy pozycji kosztorysowych nieodpowiadające specyfikacji, opisami prawidłowymi, tj. po prostu przenieść do oferty opisy z przedmiaru robót. Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania, Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Powoływana norma art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje na konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, że 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.

Izba podziela prezentowany w uzasadnieniu odwołania pogląd (wsparty cytowanym tam orzecznictwem) na temat postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Przy czym podkreśla, iż tego typu realność – w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia.

W ślad za powyższym należy przyjąć, iż wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać (ocena kwestii czy w trakcie realizacji zamówienia wykonawca będzie musiał potencjał, którym dysponuje, użyć, jest zagadnieniem odrębnym). Przy czym udowodnienie takie winno odnosić się i być rozpatrywane odnośnie co najmniej dwóch aspektów

udostępnienia takiego potencjału i możliwości jego wykorzystania: zobowiązaniowego i rzeczowego. Po pierwsze wykonawca winien wykazać, co gwarantuje mu, że będzie mógł się danym potencjałem posługiwać (sfera uprawnień lub faktycznych zależności i powiązań pomiędzy podmiotami – np. potwierdzenie węzła obligacyjnego pomiędzy podmiotami czy podanie innych informacji na temat charakteru stosunku, jaki będzie łączył bądź łączy wykonawcę z innym podmiotem), a po drugie wykazać, że sam założony, faktyczny sposób danego udostępnienia potencjału i jego ewentualnego wykorzystywania jest adekwatny do jego rodzaju oraz specyfiki oraz będzie umożliwiał osiągnięcie zakładanego w przepisie celu, jakim jest zagwarantowanie realności dysponowania danym potencjałem i możliwości jego wykorzystywania w trakcie realizacji zamówienia (jest to sfera faktów odnosząca się do wykazania i ustalenia np.: jaki jest sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; jaki jest zakres zasobów innego podmiotu dostępny wykonawcy; jaki jest zakres i okres udziału innego podmiotu przy realizacji zamówienia... etc.). Powyższe stanowisko znajduje oparcie nie tylko w celowościowej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy, ale dodatkowo wsparte jest na określeniu dokumentów, które może w tym zakresie żądać zamawiający od wykonawców, zawartym w § 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. poz. 231).

Zwłaszcza w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przyjąć można, iż niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez zagwarantowania jakiejś formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (ocena czy ewentualnie winna być wymagana i egzekwowana niejako kwalifikowana forma takiego udziału jaką jest podwykonawstwo – rozumiane jako oddanie do wykonania całości czy części zamówienia przez wykonawcę innemu podmiotowi – zależy od oceny konkretnych okoliczności faktycznych danej sprawy, głównie specyfiki zamówienia, wykazywanych warunków udziału w postępowaniu i udostępnianych zasobów). Powyższe nie wynika wcale z mających rzekomo wynikać bezpośrednio z ustawy konkretnych zobowiązań cywilnoprawnych, ale z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – zwłaszcza doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania przy realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający w tym zakresie swój potencjał, możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem, w większości przypadków należało będzie uznać za

iluzoryczną i fikcyjną, a więc sprowadzającą się jedynie do „dysponowania referencjami” danego podmiotu.

W rozpatrywanym przypadku odwołujący kwestionował właśnie wykazanie przez Konsorcjum zamawiającemu realności przedmiotowego udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego w związku z faktycznym aspektem tego udostępnienia, tj. kwestionował i podnosił, że przy robotach budowlanych wykazany sposób korzystania z potencjału wiedzy i doświadczenia poprzez konsultacje, doradztwo lub przekazywanie informacji w trakcie realizacji zamówienia jest niewystarczający dla uznania, że wykonawca z takiego potencjału będzie mógł skorzystać. Odwołujący generalnie postulował, iż w przypadku robót budowlanych potencjał tego typu może być udostępniany (i tym samym wykazywany) tylko poprzez zagwarantowanie udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa robót. Właściwie do wskazania ww. okoliczności rzeczony zarzut się sprowadzał i na nich się opierał. Natomiast żadnych konkretnych okoliczności związanych z przedmiotowym postępowaniem, a pozwalających ustalić i ocenić adekwatny do przedmiotu zamówienia i wykazywanych warunków, sposób wykorzystania potencjału doświadczenia pochodzącego do podmiotu trzeciego, odwołujący nie wskazał i nie wykazał.

Izba wskazuje przy tym, że ciężar wykazania okoliczności faktycznych pozwalających ocenić zasadność podnoszonych zarzutów spoczywał na odwołującym. Odwołujący przedstawił w tym zakresie jedynie generalne argumenty, czy raczej podniósł ogólne okoliczności, że przy robotach budowlanych udostępnienie potencjału bez podwykonawstwa jest fikcyjne, a wykazane przez wybranego wykonawcę formy udziału i współpracy podmiotu trzeciego są niewystarczające.

Tymczasem Izba przeciwstawia się jakimkolwiek generalizacjom w tym zakresie, w szczególności ogólnym kategoryzacji zamówień i potencjałów (warunków) na takie, które wymagają podwykonawstwa oraz takie, które wykorzystywać i tym samym wykazywać, można w inny sposób. Jak już wskazano powyżej, uznanie, że w rozpatrywanym przypadku niezbędne jest zagwarantowanie podwykonawstwa, należy każdorazowo przeprowadzać indywidualnie, w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy. Tylko przy uwzględnieniu całokształtu tego typu okoliczności (np. takich jak ocena rodzaju danego przedmiotu zamówienia, jego zakresu, stopnia komplikacji, czy ocena jakiego rodzaju wiedza i doświadczenie są wymagane i udostępniane w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu) stwierdzić można i przesądzić, że w danym przypadku realne udostępnienie danego potencjału polegać musi na oddaniu całości czy części (i jakiej?) zamówienia do podwykonania podmiotowi udostępniającemu, czy też wystarczy jakakolwiek

inna (i jaka?) forma zaangażowania tego podmiotu w trakcie realizacji zamówienia. W szczególności Izba przeciwstawia się generalnemu pogładowi, że zawsze i w każdym przypadku, w odniesieniu do jakiegokolwiek warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, przy przedmiocie zamówienia obejmującym roboty budowlane, dla wykazania dysponowania potencjałem tego typu pochodzącym od podmiotu trzeciego, konieczne jest zapewnienie udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia jako podwykonawcy robót. W wielu przypadkach takie stanowisko jest istotnie zasadne, jednakże Izba nie stwierdziła, że z tego typu sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku, w związku z brakiem powołania i wykazania przez odwołującego okoliczności istotnych dla oceny powyższego. Innymi słowy, odwołujący nie wykazał, a nawet nie wskazał, na żadne konkretne okoliczności związane z niniejszym postępowaniem, które pozwoliłyby orzec, że wskazanie przez Konsorcjum, iż udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie miał konsultacyjno-doradczy charakter, jest niewystarczające dla celów zaliczenia udostępnianego potencjału na poczet wykazania spełniania danych warunków udziału w postępowaniu.

Na marginesie Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w trakcie którego na stronach ciąży obowiązek wykazywania inicjatywy dowodowej (art. 190 ust. 1 Pzp) i powoływania się na okoliczności istotne w sprawie. Jednakże uwzględniając sytuację procesową i przebieg danego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba z własnej inicjatywy może również zmienić charakter prowadzonego postępowania dowodowego na bardziej „inkwizycyjny” (art. 190 ust. 2 – Izba może dopuścić dowód niewskazany przez strony). Jednakże w zaistniałym przypadku, w związku z okolicznościami, iż zarzut dotyczył oferty, która po przywróceniu oferty odwołującego do postępowania przestaje być najkorzystniejszą, a także podnoszony był jedynie z ostrożności procesowej – Izba nie uznała, iż zaistniała potrzeba odstąpienia od zasady kontradyktoryjności postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....

.....

.....