

WYROK

z dnia 31 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 31 marca 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2014 r. przez wykonawcę **M..... W..... Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Biskupice, Urząd Gminy Biskupice, Tomaszkowice 455, 32-020 Wieliczka,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Firma Budowlano-Handlowo-Produkcyjna "ZGODA" S.J., ul. Kochanowskiego 30, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **J..... W..... - Zakład Ogólnobudowlany, Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M..... W..... Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz** i zalicza w poczet

kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

2.1 zasądza od wykonawcy **M..... W..... Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz **Gmina Biskupice, Urząd Gminy Biskupice, Tomaszkowice 455, 32-020 Wieliczka** kwotę **4 247 zł** (słownie: cztery tysiące dwieście czterdzieści siedem zł 00 groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania w tym 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 647,00 zł tytułem kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Biskupice, Tomaszkowice 455 32-020 Wieliczka prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę Sali gimnastycznej z zapleczem i przewiązką przy Szkole Podstawowej w Łazanach wraz z infrastrukturą techniczną” (znak postępowania: WRGil.ZP.271.25.2013). Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy

Odwołujący: M..... W....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano - Remontowa WM Wiktor w Nowym Sączu wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty i wykluczeniu z postępowania Odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez wykluczenie oferty Odwołującego w zakresie w/w postępowania pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu i prawidłowego wykazania dysponowania - w myśl art. 26 ust. 2b ustawy - potencjałem podmiotu trzeciego polegającym na przedstawieniu zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia bez czynnego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w kontekście kryteriów oceny ofert oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego spośród wszystkich prawidłowo złożonych i niepodlegającej odrzuceniu ofert oraz poprzez wybranie oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta w zakresie kosztorysu ofertowego zawierała błędy w obliczeniu ceny;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego się, na podstawie błędnego wykluczenia go z postępowania;
- 5) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez brak uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy;
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wyłonienie oferty wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy.

Wskazując na zarzuty wniósł o:

uznanie za nieważne czynności odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz przywrócenie oferty odwołującego do postępowania i dopuszczenie jej do badania i oceny ofert, uznanie za nieważną czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty firmy Zakład Ogólnobudowlany J..... W....., Koniuszowa 136, nakazanie ponownego badania i oceny ofert postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego się oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Według kryteriów oceny ofert (100% cena) oferta odwołującego jest najkorzystniejszą.

Odnosnie wykluczenia Odwołującego się Zamawiający podał, że:

1. „Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ w zobowiązaniu podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zapisano informację, że podmiot trzeci nie będzie brał czynnego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, a bez czynnego udziału podmiotu trzeciego Wykonawca nie będzie mógł wykonywać przedmiotu zamówienia” (wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy);
2. „Wykonawca uzupełnił dokument z zakresu dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, jednak nie podał informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami” (wykluczenie także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy);

Odnosnie zaś odrzucenia oferty Odwołującego się, zamawiający wskazał, że:

3. Oferta „została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (odrzucenie na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy);
4. Oferta „zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż pozycje nr 121 i 122 kosztorysu ofertowego, nie zostały wycenione, wpisano cenę 0 zł” (odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy)

W ocenie Odwołującego takie stanowisko jest pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

Ad. 1. i 3.

Zamawiający wykluczył odwołującego wywodząc negatywne dla niego skutki prawne z faktu, ponieważ w zobowiązaniu podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zapisano informację, że podmiot trzeci nie będzie brał czynnego udziału w realizacji zamówienia, a bez czynnego udziału podmiotu trzeciego Wykonawca nie będzie mógł wykonywać przedmiotu zamówienia.

Nowelizacja ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., wprowadziła znaczącą zmianę w sposobie wykazywania spełnienia warunków przez Wykonawcę. W nowym stanie prawnym w

przypadku niektórych warunków udziału w postępowaniu wykonawca może polegać na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączącego go z nimi stosunku. Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu na tym etapie postępowania jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą, a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najmu sprzętu), bądź też strony może łączyć np. stała współpraca polegająca na wzajemnym udostępnianiu potencjału.

Wykonawca może więc wykazać w procedurze oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie m.in. wiedzy i doświadczenia, czyli że ma dostęp do know-how, patentów, licencji itp. oraz może przedstawić wymagane doświadczenie innego podmiotu. Przepisy ustawy nie przesądzają, że wykazanie się dla celów spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę cudzym potencjałem oznacza uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Wykonawca, mimo że posługuje się na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty innym podmiotem, nie jest zobowiązany do wykorzystywania tego potencjału na etapie realizacji umowy.

Nie oznacza to oczywiście, że dopuszczalne jest poleganie na zasobach innego podmiotu na etapie postępowania bez podstawy w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów przez taki podmiot. Z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy nie wynika konieczność wykazywania, jaki stosunek prawny łączy wykonawcę i podmiot udostępniający, jak też w jaki sposób strony zamierzają zasoby wykorzystywać, natomiast niezbędne jest zapewnienie możliwości skorzystania z zasobów takiego podmiotu na etapie wykonywania zamówienia. Tylko wtedy wykonawca wykazuje, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż jest zdolny do zapewnienia zasobów do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia. W praktyce wykonawcy posługują się dla wykazania dysponowania

potencjałem innego podmiotu oświadczeniami tych podmiotów zawierającymi odpowiednie zobowiązanie.

Z powyższego wynika założenie, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie skonkretyzuje w SIWZ szczególnych unormowań w tym zakresie, w sytuacji określonej w art. 26 ust. 2b ustawy może żądać od wykonawcy w zasadzie wyłącznie „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. W przedmiotowym postępowaniu zapisy SIWZ nie przewidują w żadnym miejscu szczególnych unormowań w tej mierze, przez co Zamawiający nie ma żadnych podstaw do kwestionowania takiego zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego w przewidzianej ustawą formie.

Złożone przez Odwołującego się (na wezwanie Zamawiającego) zobowiązanie podmiotu trzeciego, p. T..... P..... - Firma Budowlano- Remontowa z siedzibą w Maciejowej - do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, wraz z wykazem robót i referencjami, wypełniało przesłanki art. 26 ust. 2b ustawy. Użyte w zobowiązaniu sformułowanie o braku „czynnego” udziału w postępowaniu, odnosiło się do brzmienia § 3 ust. 4 Rozporządzenia PRM z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013r., poz. 231, dalej „rozporządzenie”). Sens tego zapisu jest wyłącznie taki, że podmiot trzeci deklaruje, że nie będzie brał „fizycznego” udziału w realizacji części zamówienia w myśl powołanego zapisu rozporządzenia, a zatem Zamawiający nie mógłby żądać w stosunku do niego dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1-3 rozporządzenia. Zwrócić też należy uwagę, że z treści pisemnego zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasobów wyraźnie wynika wola brania udziału w postępowaniu, w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, z jednoczesnym zastrzeżeniem jedynie nie uczestniczenia „czynnego”, „fizycznego” w realizacji zamówienia. Absurdalnym byłoby zakładać, że podmiot trzeci udostępniając wiedzę i doświadczenie zastrzega jednocześnie, że w żaden sposób nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Ponadto Zamawiający mógł przewidzieć w SIWZ (czego nie zrobił) możliwość żądania dodatkowych dokumentów w takich okolicznościach, którą to możliwość dają zapisy § 1 ust. 6 rozporządzenia, a czego nie zrobił. Mógł także zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienie oferty w tym zakresie - czego również nie uczynił - celem ustalenia czy wzajemnych powiązań pomiędzy podmiotami, czy też sprecyzowania charakteru współpracy w trakcie realizacji zamówienia.

Art. 26 ust. 2b ustawy (ani żaden inny przepis ustawy) nie nakłada na podmiot trzeci obowiązku brania czynnego udziału w realizacji zamówienia. Ponadto prawodawca wyraźnie zaznaczył, że istnieje możliwość korzystania z zasobów osób trzecich bez angażowania ich

do realizacji zamówienia. Z treści powołanego wyżej § 3 ust. 4 rozporządzenia wynika bowiem, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3, czyli dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. A contrario, jeżeli wykonawca korzysta z potencjału tych podmiotów, a nie uczestniczą one w realizacji, to zamawiający nie może żądać od nich ww. dokumentów. Tym samym prawo zamówień publicznych rozróżnia dwie możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich: jedna, gdy podmiot ten uczestniczy w realizacji zamówienia, i druga, gdy udostępnia mu zasób, ale bezpośrednio nie bierze udziału w realizacji zamówienia. Rozróżnienie to nie jest związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia.

Powyższy pogląd podziela również Krajowa Izba Odwoławczej, m.in. w wyroku KIO 710/13 stwierdziła, iż „Przepis art. 26 ust. 2b p.z.p. należy w pierwszej kolejności odczytywać stosując metodę wykładni literalnej, której zastosowanie nie prowadzi wszak do wniosku, że wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu osoby trzeciej jest zobowiązany do zlecenia podwykonawstwa tej osobie wykonania części przedmiotu zamówienia. Czynności nie są równoznaczne z pojęciem realizacji podwykonawstwa części przedmiotu zamówienia, lecz mają charakter jedynie wspomagający jego realizację. Czynności te nie są wykonywane samoistnie i nie oznaczają powierzenia danego zakresu robót do samodzielnego, odrębnego wykonania.”

Podobne KIO 1186/10 „oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje, czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia. Ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. nie posłużył się bowiem wprost określeniem "podwykonawca przy realizacji zamówienia", a jedynie "uczestniczyć przy realizacji zamówienia", co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze”.

Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w

postępowaniu. Dowodem na dysponowanie zasobami innego podmiotu będzie każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V CA 3036/10).

W świetle powyższych argumentów, nie ma podstaw do przyjęcia założenia, że podmiot trzeci udostępniający zasoby ma obowiązek uczestniczyć w realizacji zamówienia. W przedmiotowej sprawie udział podmiotu trzeciego ogranicza się tylko i wyłącznie do doradztwa i udostępniania p. M..... W..... niezbędnej wiedzy do realizacji zamówienia, ponieważ w pozostałym zakresie Odwołujący się posiada potencjał do wykonania zamówienia. Ustawodawca nie przewidział w art. 26 ust. 2 b Ustawy rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnienie takiego obowiązku nie rodzi. Ustawodawca rozróżnił jedynie w rozporządzeniu w sprawie dokumentów sytuację, w której udostępnienie jakiegokolwiek zasobu następuje przez osobisty udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, od sytuacji, w której podmiot udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Wówczas wskazał, że w pierwszym przypadku zamawiający ma prawo żądać dokumentów podmiotowych, a w drugim takiego prawa zamawiającemu nie przyznał. Rozróżnienie to nie jest związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia.

Wskazane unormowania i ich interpretacja znajdują ponadto oparcie w zapisach art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz.U.E.L, Nr 134, str. 114)

Skoro zatem Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Wykonawcy, jego oferta nie powinna zostać odrzucona, przez co czynność Zamawiającego w tym zakresie narusza zarówno art. 24 ust. 2 pkt 4 jak i art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Ponadto uzasadnienie wykluczenia Odwołującego się i odrzucenia jego oferty jest tak lakoniczne, że nie spełnia wymogów art. 92 ust. 1 pkt ustawy. Zamawiający ograniczył się bowiem do sformułowania, że „bez czynnego udziału podmiotu trzeciego Wykonawca nie będzie mógł wykonywać przedmiotu zamówienia”, bez żadnego wyjaśnienia dlaczego doszedł do takich wniosków.

Ad. 2. i 3.

Zamawiający zarzuca Odwołującemu się, że „uzupełnił dokument z zakresu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jednak nie podał informacji o podstawie dysponowania tymi osobami”. Zamawiający w sposób nieuprawniony i błędny zinterpretował

złożone przez Odwołującego - na wezwanie Zamawiającego - uzupełnienie. Odwołujący złożył do oferty (na formularzu Zamawiającego) dokument „Wykaz osób [...]”, na którym wskazane były trzy osoby (wypełnione trzy pierwsze rubryki), a w stosunku do tych osób, w kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania tymi osobami” zaznaczył jedną z dostępnych opcji (wykreślił niewłaściwą, pozostawiając właściwą). W uzupełnieniu tego wykazu - na wezwanie Zamawiającego - odwołujący przedstawił wykaz, na którym widniały cztery osoby, przy czym trzy pierwsze się pokrywały z pierwotnym wykazem, a dodana została jedynie czwarta osoba (wypełniona dodatkowo czwarta rubryka). W tym uzupełnionym wykazie Odwołujący omyłkowo nie zakreślił właściwego wyboru w kolumnie „Informacja o podstawie [...]”. Niezależnie jednak od samego charakteru uzupełnienia, Odwołujący wyraźnie w piśmie przewodnim z dnia 26 lutego 2014 r. zaznaczył: „Celem uzupełnienia przedkładam uzupełniony Wykaz osób [...]”. Powinno być zatem oczywistym, że dokument zawierający uzupełnienie nie zastępuje poprzedniego (złożonego przy ofercie), a jedynie właśnie uzupełnia go w żadnym razie go nie ubezskuteczniając. Skoro pierwszych dwóch osób nie dotyczyło ani wezwanie ani uzupełnienie, to w stosunku do nich zastosowanie ma pierwotnie złożony dokument i właściwie zaznaczony wybór w przytoczonej kolumnie. Jest także oczywistym, że nie można w żaden sposób przyjąć, iżby Odwołujący się miał celowo swoim postępowaniem działać na swoją szkodę, mianowicie zastępując właściwie wypełniony dokument w tym zakresie, dokumentem który mógłby skutkować odrzuceniem jego oferty - zwłaszcza w kontekście faktu, że ani wezwanie, ani też uzupełnienie nie odnosiło się w ogóle do tych osób.

Biorąc zatem pod uwagę treść zarówno pierwotnego (złożonego do oferty), jak i wtórnego (złożonego na wezwanie) dokumentu, który był jedynie uzupełnieniem tego pierwszego, należy stwierdzić, iż dokumenty te spełniają wymogi zarówno ustawy jak i rozporządzenia, a także są zgodne z treścią SIWZ i Zamawiający nie miał żadnych podstaw do wykluczenia Odwołującego się z postępowania.

Zamawiający ograniczył się jedynie do sformułowania, że Odwołujący się „uzupełnił dokument z zakresu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jednak nie podał informacji o podstawie dysponowania tymi osobami”, bez żadnego wyjaśnienia dlaczego doszedł do takich wniosków, a nawet bez konkretnego wskazania, których osób miałby ten zarzut dotyczyć.

Ad. 4.

Zamawiający zarzucił także ofercie Odwołującego, że „zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż pozycje nr 121 i 122 kosztorysu ofertowego nie zostały wycenione, wpisano cenę 0 zł”. Z takim uzasadnieniem odrzucił ofertę Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Wskazany przez Zamawiającego przepis, który Odwołujący się miał naruszyć, odnosi się do błędów w obliczeniu ceny. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił - czym naruszył także i w tym przypadku art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy - na czym ten błąd miałby polegać. Odwołujący się wycenił bowiem wskazane pozycje kosztorysu na 0,- zł, ale też z uwzględnieniem takiej wyceny obliczył cenę za zamówienie, przez co nie można mówić o żadnym błędzie w obliczeniu ceny. Zamawiający nie wskazał w jaki sposób cena została obliczona błędnie, które wyliczenia składające się na nią są błędne. Odwołujący się natomiast zdaje się rozumieć, że zarzut w tej mierze miał raczej dotyczyć art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. niezgodności treści oferty ze SIWZ. Jednak i tak skonstruowany zarzut byłby bezpodstawny. Zamawiający zdaje się nie rozróżniać sytuacji braku wyceny danej pozycji z jej wycenieniem na określoną kwotę. Otóż w przedmiotowej sytuacji nie mamy do czynienia z brakiem wyceny danego elementu (choć i to zdaniem Odwołującego się nie byłoby podstawą do odrzucenia jego oferty), ale z jego wyceną na poziomie 0,- zł. Biorąc pod uwagę charakter wynagrodzenia wykonawcy w przedmiotowym zamówieniu taka wycena skutkuje tym, że za daną pozycję wykonawca nie może żądać od Zamawiającego zapłaty. Zamawiający nie poczynił żadnych kroków w celu wyjaśnienia faktu wyceny tych pozycji na kwotę 0,- zł. Tymczasem wycena w zakresie tych pozycji została dokonana zgodnie z rzeczywistością i wobec faktu, że Odwołujący, zaopatrując się u dostawcy hurtowo w kompleksowe pokrycia dachowe, dysponuje stałym rabatem w postaci ujmowania w cenie pokrycia dachowego jego elementów (takich jak np. kominki dachowe, płotki śniegowe, stopnie i ławy kominiarskie), przez co elementy te nie są w ogóle wyceniane i Odwołujący się nie mógł wskazać ich wartości w odrębnych pozycjach kosztorysu. Natomiast są one skalkulowane w innych pozycjach dotyczących pokrycia dachowego. Gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem w tej mierze, takiej treści wyjaśnienia zapewne by otrzymał. Podstawą wyceny w kwestionowanych pozycjach była kalkulacja indywidualna, a nie kalkulacja szczegółowa w oparciu o nakłady i narzuty katalogowe np. KNR. Skalkulowanie pozycji 121 i 122 na wartość 0,- zł nie mogło mieć żadnego wpływu na cenę całego zamówienia (tym samym także nie można by tego rozpatrywać w kontekście np. przesłanki rażąco niskiej ceny). Szacunkowy koszt tych pozycji to kwota ok. 2000 zł, co stanowi zaledwie 0,1 % ceny oferty. Ewentualne wątpliwości Zamawiającego w tej mierze mogły zostać rozwiane wyjaśnieniami na jego wezwanie, co nie miało miejsca. Niezależnie od powodów takiej, a nie innej wyceny kwestionowanych pozycji należy zaznaczyć, że również KIO zdaje się nie mieć wątpliwości interpretacyjnych w tej mierze. W uzasadnieniu wyroku KIO 1902/13 „Podanie w kosztorysie ofertowym wartości 0 zł w jednej pozycji nie świadczy o tym, że wykonawca nie wywiąże się z realizacji zamówienia. Nie stanowi również przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Prawo Zamówień Publicznych (treść oferty nie odpowiada treści siwz). Dopuszczalność wyceny przez wykonawcę pewnego elementu zamówienia (pozycji kosztorysowej) za 0 zł, należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, mając na uwadze treść postanowień specyfikacji oraz charakter zamówienia." [...] „Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią siwz, szczególnie w sytuacji gdy zamawiający określając postanowienia siwz nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w siwz skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł." [...] „Podanie w pozycji 319 kosztorysu ofertowego wartości 0 zł nie świadczy o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej pozycji i nie wywiąże się z jej realizacji."

W orzeczeniu KIO 556/12 Izba przyjęła jeszcze bardziej liberalne stanowisko nie uznając za podstawę odrzucenia nawet braku wyceny w ogóle w stosunku do pozycji kosztorysu (nie wskazanie żadnej wartości) i przyjmując, że: „Izba stoi na stanowisku, że skoro odwołujący nie podał ceny jednostkowej pozycji 3.4 przedmiaru robót, należy przyjąć, że wycenił realizację tej pozycji za cenę 0 zł." [...] „Uwzględniając kosztorysowy charakter wynagrodzenia jedyną konsekwencją przyjęcia ceny 0 zł za pozycje 3.4 przedmiaru robót jest, iż odwołujący za prace opisane w tej pozycji nie będzie mógł domagać się dodatkowego wynagrodzenia."

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 5.1 oraz 6.1 ppkt 4 siwz w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący złożył dokument pn. „Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy pzp)".

Z treści dokumentu wynikało, iż zaangażowanie podmiotu trzeciego będzie polegało wyłącznie na zasadzie doradztwa technicznego podczas realizacji zamówienia oraz udzielenia potencjału finansowego, bez czynnego udziału w realizacji zamówienia. Zamawiający w piśmie informującym o wyniku postępowania wskazał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż z treści dokumentu zawierającego zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zapisano informację, że podmiot trzeci nie będzie brał czynnego udziału w realizacji zamówienia, a bez czynnego udziału podmiotu trzeciego nie będzie mógł wykonywać przedmiotu zamówienia. Wskazał na wyrok KIO 953/13 oraz 1081/13. W ocenie zamawiającego wiedza i doświadczenie jako

elementy nierozzerwalnie związane z przedsiębiorstwem nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu, w związku z czym konieczne jest uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Wskazał, że na gruncie ustawy oraz aktualnego rozporządzenia PRM z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231) problem wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego rozstrzygać trzeba przez pryzmat bezpiecznego i należytego wykonania zamówienia publicznego. Wskazał, powołując orzecznictwo, na postulat realnego udziału w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby, jakkolwiek przepis art. 26 ust. 2b ustawy nie daje w tym kierunku żadnych wytycznych.

Zamawiający wskazał na treść oferty, zgodnie z którą odwołujący oświadczył, iż nie zamierza powierzyć wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcy (zał. 9 do siwz).

Na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp odwołujący złożył w wyznaczonym terminie uzupełniony dokument - wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (zał. 6 do siwz), jednak nie wskazał podstawy do dysponowania osobami wymienionymi w pkt 1 i 2 dokumentu. Dokument powinien być kompletny, a zamawiający nie może domniemywać treści dokumentu lub wywodzić treści z dwóch dokumentów. Wskazał na zasadę jednokrotności wezwania.

Zamawiający podtrzymał stanowisko co do błędu w obliczeniu ceny wobec wpisania w dwóch pozycjach kosztorysu wielkości „0 zł”. Zauważył, że przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe i fakturowanie częściowe w toku realizacji zamówienia. Wskazał na postanowienia siwz dotyczące sposobu obliczenia ceny. Przypomniał ustawową definicję ceny zauważając, że wielkość „0” nie jest jednostką pieniężną.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska.

Odwołujący wskazał, iż na wezwanie Zamawiającego złożył uzupełnienie wykazu. Wezwanie nie dotyczyło pierwszych 3 osób z pierwotnego wykazu, które opisano prawidłowo.

Oдноśnie ceny podtrzymał, iż nie popełnił błędu w jej obliczeniu, należało przedłożyć kalkulację indywidualną i w niej wykonawca wycenił wszystkie pozycje. Wskazał, iż dopuszczalna jest wycena poszczególnych elementów kosztorysowych w wysokości 0 zł tak, jak to uczynił w odniesieniu do 2 pozycji. Wskazał także na powiązania z dostawą elementów, co do których może korzystać z różnego rodzaju upustów, rabatów, czy bonifikat. Zauważył, iż Zamawiający nie żądał w sprawie kosztorysu żadnych wyjaśnień. Oдноśnie warunków udziału w postępowaniu wskazał na przepis ustawy oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz na treść zobowiązania podmiotu

trzeciego, który złożył Zamawiającemu na wezwanie. Stwierdził, iż z podmiotem udostępniającym zasoby współpracuje od lat na analogicznych zasadach, jak zadeklarowano w niniejszym postępowaniu. Niezależnie od argumentacji w odwołaniu zauważył, iż wykazał spełnienie warunków udziału z uwzględnieniem udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, zgodnie z orzecznictwem ETS powołanym w piśmie Przystępującego.

Zamawiający stwierdził, iż mimo wezwania otrzymał niekompletny wykaz osób i nie miał podstaw domniemywać treści właściwego wykazu na podstawie dwóch dokumentów.

Poddał w wątpliwość treść deklaracji dostawcy materiałów na piśmie złożonym przez Odwołującego na jego firmowym formularzu. Podtrzymał stanowisko, iż wykonawca nie wykazał realnego udziału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu zamówienia.

Przystępujący wskazał na treść oświadczenia podmiotu trzeciego, który niezależnie od wiedzy i doświadczenia zadeklarował udostępnienie potencjału finansowego. Zauważył, iż potencjał tego podmiotu został wskazany w postaci zdolności kredytowej, potwierdzonej załączoną opinią bankową, natomiast kredyt uzyskuje się na określony cel, a z okoliczności sprawy nie wynika, iż taka możliwość zaistniała w odniesieniu do realizacji zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Wskazał, iż opis sposobu obliczenia ceny został wskazany w pkt.12 SIWZ i w jego ocenie oznacza to obowiązek dokonania wyceny każdej pozycji kosztorysowej, mając również na względzie ewentualne skutki prawno - podatkowe przy rozliczaniu wykonanego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestników wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści siwz, treści dokumentów złożonych przez odwołującego wraz z ofertą oraz na wezwanie zamawiającego, zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu z postępowania Odwołującego i odrzuceniu jego oferty Zamawiający stwierdził, że:

1.„Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ w zobowiązaniu podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zapisano informację, że podmiot trzeci nie będzie brał czynnego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, a bez czynnego

udziału podmiotu trzeciego Wykonawca nie będzie mógł wykonywać przedmiotu zamówienia" (wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy);

2. „Wykonawca uzupełnił dokument z zakresu dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, jednak nie podał informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami" (wykluczenie także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy);

Odnosnie zaś odrzucenia oferty Odwołującego się, zamawiający wskazał, że:

3. Oferta „zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż pozycje nr 121 i 122 kosztorysu ofertowego, nie zostały wycenione, wpisano cenę 0 zł" (odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy).

W ocenie składu orzekającego zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że wykonawca nie podał informacji o podstawie do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przedstawionymi w formularzu określonym jako załącznik 6 do siwz. Po stwierdzeniu braków w wykazie złożonym z ofertą zamawiający w trybie art. 26 sut. 3 ustawy pzp wezwał pismem z dnia 21 lutego 2014 r. wykonawcę do uzupełnienia dokumentu wskazując, że „w przedstawionych dokumentach nie wskazano kierownika robót w zakresie specjalności drogowej oraz nie wpisano uprawnień oraz daty wydania dla kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.” Taki zatem jak zacytowany był zakres żądania co do uzupełnienia. Wykonawca w złożonym na wezwanie wykazie przedstawił żądane przez zamawiającego informacje, jakkolwiek wykaz ten zawierał wpis z osobami, co do których nie stwierdzono braków przy ocenie pierwotnego dokumentu. Rzeczywiście w tym drugim dokumencie wykonawca co do dwóch pierwszych (niekwestionowanych) osób nie przedstawił informacji o podstawie dysponowania tymi osobami. W ocenie składu orzekającego brak takiego wpisu można oceniać co najwyżej w kategoriach niedopatrzania nie mającego wpływu na ocenę wykazu, który w części pierwotnej nie uległ zmianie i co do tego nie powinno być wątpliwości. Skład orzekający nie uznaje za uzasadnione twierdzenie, jakoby odwołujący sporządził ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny ze skutkiem w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Fakt, że w przedmiotowym postępowaniu przewiduje się wynagrodzenie kosztorysowe nie uniemożliwia wykonawcy sporządzającemu kosztorys na zasadzie kalkulacji indywidualnej, przedstawienia w odniesieniu do określonych pozycji (w przedmiotowej sprawie dwóch pozycji) wyceny na poziomie „0”. Należy stwierdzić, że poszczególne pozycje kosztorysowe stanowią element kalkulacji ceny oferty, natomiast sama w sobie nie jest ceną. Wykonawca zadeklarował jednoznacznie i uzasadnił w toku postępowania przyczyny, dla których niektóre elementy do robót budowlanych może pozyskać bezkosztowo w powiązaniu z nabyciem kompleksowym tych elementów wraz z innymi. Z faktu tego wnioskowanie o błąd w obliczeniu ceny jest nieuzasadnione.

Natomiast Izba uznała za uzasadnione zakwestionowanie przez zamawiającego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dowodzonego przez wykonawcę dokumentem zatytułowanym „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów”. W dokumencie tym podmiot trzeci powołując się na art. 26 ust. 2b ustawy pzp zobowiązał się do udostępnienia (odwołującemu) niezbędnych zasobów tj. „wiedzę i doświadczenie jakim dysponuje oraz potencjału finansowego jakimi dysponuje moja firma na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn: (tu nazwa zamówienia). Jednocześnie informuję, że zaangażowanie podmiotu będzie polegało wyłącznie na zasadzie doradztwa technicznego podczas realizacji zamówienia oraz udzielenia potencjału finansowego, bez „czynnego” udziału w realizacji zamówienia.”

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez jego zastosowanie w stosunku do odwołującego się wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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).

Przewodniczący:

