

WYROK

z dnia 23 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 13 grudnia 2013 r. oraz 18 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2013 r. przez Odwołujących - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Ove Arup & Partners International Limited w Londynie, Integrated Engineering spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz DHI Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, przy udziale wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**
 - a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym**
 - b) wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał prawem przewidziane zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, a także dokumentów w postaci zobowiązań do udostępnienia zasobów, stanowiących wiedzę i doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby,**
 - c) wystąpienie do wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie dokumentów złożonych na potwierdzenie**

wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko *Głównego eksperta w zakresie geodezji*;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Ove Arup & Partners International Limited w Londynie, Integrated Engineering spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz DHI Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Krakowie, na rzecz Odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Ove Arup & Partners International Limited w Londynie, Integrated Engineering spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz DHI Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, kwotę 18 600 zł 00 gr [osiemnastu tysięcy sześciuset 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 [tekst jedn. 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 Krakowie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Analiza programu inwestycyjnego w zlewni Wisłoki*”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907]. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 września 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po numerem 2013/S 172-297876.

III. Odwołujący w dniu 28 listopada 2013 r. złożyli odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, stawiając zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania specjalistą w zakresie ocen środowiskowych;
- 2) art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, że wyjaśnienia przedłożone przez BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz odpowiadają zakresowi wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, oraz że są wystarczające, a w konsekwencji również naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierające rażąco niską cenę tj. oferty złożonej przez BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz;
- 4) z ostrożności procesowej w przypadku nie uwzględnienia zarzutów, o których mowa w pkt 1-3, naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania:
 - a. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz nie zalega z uiszczeniem składek na

ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał prawem przewidziane zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przez upływem terminu składania ofert, mimo iż przedłożone przez BJÖRNSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz dokumenty zostały wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

- b. do uzupełnienia dokumentów w postaci zobowiązań do udostępnienia zasobów, mimo iż treść przedłożonych przez BJÖRNSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz dokumentów nie odpowiada wymogom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oraz mimo iż ze zobowiązań podpisanych przez p. R. K..... nie wynika, który podmiot udostępnia zasoby BJÖRNSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz w przedmiotowym postępowaniu i czy osoba podpisująca zobowiązanie była umocowana do działania w imieniu podmiotu, którego zasoby udostępnia, a w konsekwencji czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia;
- c. do udzielenia wyjaśnień ewentualnie uzupełnień w zakresie rozbieżnej treści zobowiązania osoby wskazanej do pełnienia funkcji *Głównego eksperta w zakresie geodezji* z wykazem osób [w zakresie podstawy do dysponowania];

5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawili żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia BJÖRNSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz z udziału w postępowaniu;
- 4) odrzucenia oferty BJÖRNSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz;
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

- 6) ewentualnie wezwania BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień a w razie ich nieuzupełnienia wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podali:

1) W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy:

Zgodnie z pkt 1.3.1 ppkt g SIWZ oraz ogłoszeniem, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali *Specjalistą w zakresie ocen środowiskowych*, posiadającym co najmniej 5 lat doświadczenia w opracowywaniu prognoz oddziaływania na środowisko oraz dokumentów środowiskowych dla przedsięwzięć inwestycyjnych, a także posiadającym znajomość procesu strategicznej oceny oddziaływania na środowisko. BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz w swojej ofercie na to stanowisko wskazał 3 osoby, jednak żadna z tych osób nie spełnia postawionych przez Zamawiającego warunków. W związku z powyższym, pismem z dnia 31 października 2013 r. Zamawiający wezwał BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca przekazał uzupełniony wykaz osób w zakresie doświadczenia jednej z tych trzech osób. Z wykazu tego wynika, iż osoba wskazana do pełnienia stanowiska *Specjalisty w zakresie ocen środowiskowych* nie dysponuje 5 letnim doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, a zatem BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania *Specjalistą w zakresie ocen środowiskowych*. Odwołujący podał, że w wezwaniu z dnia 31 października Zamawiający wskazał, iż oczekuje od Wykonawcy podania w wykazie okresów realizacji poszczególnych projektów, ze wskazaniem funkcji pełnionej przez poszczególnych członków zespołu w każdym wymienionym projekcie. W uzupełnionym wykazie BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz wskazało na doświadczenie w opracowywaniu prognoz oddziaływania na środowisko oraz dokumentów środowiskowych dla przedsięwzięć inwestycyjnych, z którego nawet przyjmując bardzo korzystny dla wykonawcy sposób liczenia okresów doświadczenia tj. uwzględniając że projekt trwał przez cały miesiąc wskazany w wykazie, wynika zaledwie 18 miesięcy doświadczenia [2 miesiące w roku 2013, 3 miesiące w roku 2012, 6 miesięcy w roku 2011, 3 miesiące w roku 2010, 1 miesiąc w roku 2009, 2 miesiące w roku 2008 i miesiąc w roku 2007]. Ponadto część wykazanych projektów nie można uznać jako projekty „*dla przedsięwzięć inwestycyjnych*” [dla przykładu za taki nie może być uznany projekt wskazany w pkt 24 wykazu]. Za projekty dotyczące przedsięwzięć inwestycyjnych nie mogą być uznane również projekty wskazane w pierwszej części wykazu,

tj. projekty opisane przez Wykonawcę jako dotyczące „inwentaryzacji i ekspertyz przyrodniczych”. W konsekwencji wykonawca nie potwierdził 5 letniego doświadczenia w opracowywaniu prognoz oddziaływania na środowisko oraz dokumentów środowiskowych dla przedsięwzięć inwestycyjnych. Ponieważ Zamawiający wezwał BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy precyzyjnie określając w jaki sposób dokument ma zostać uzupełniony, zatem ponowne wezwanie w tym zakresie nie jest możliwe.

2) W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Odwołujący podał, że przepis art. 90 ust. 2 ustawy wskazuje wytyczne, jakimi powinien kierować się Zamawiający przy ocenie wyjaśnień, a treść wyjaśnień powinna odpowiadać celowi, dla którego są one składane. Dowodząc, że cena oferty nie jest rażąco niska, wykonawca jest zobowiązany przedstawić elementy mające wpływ na wysokość ceny, tj. nie tylko wskazać obiektywne czynniki, które mają umożliwić mu obniżenie kosztów realizacji zamówienia, ale też czynniki te powinny być wystarczające, aby umożliwić złożenie oferty na danym poziomie ceny. Oznacza to, że oprócz deklaracji o rzetelności kalkulacji i powołania czynników wpływających korzystnie na obniżenie ceny świadczenia, wykonawca powinien udowodnić, na ile istotny jest ten wpływ i jak przekłada się na faktyczną obniżkę kosztów świadczenia usługi względem poziomu rynkowego. Tylko w ten sposób Zamawiający ma jakąkolwiek możliwość oceny, czy cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska, a tym samym, tylko takie pismo może zostać *de facto* uznane za wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 25 października 2013 r. [nr pisma EZ-ak-21784/13] wezwał BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający w wyniku porównania zaoferowanej przez Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz ceny do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz cen innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, jak i swojej wiedzy, doświadczenia, czy rozeznania warunków rynkowych, doszedł do wniosku, że cena oferty Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz jest niewiarygodna i nierealistyczna. Zamawiający w wezwaniu szczegółowo określił, do których pozycji kalkulacji, Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz powinno się odnieść w swoich wyjaśnieniach. Zamawiający wskazał także na konieczność wyjaśnienia ceny jednostkowej odniesionej do długości rzeki. W ocenie Odwołującego, udzielone w odpowiedzi wyjaśnienia są ogólnikowe i mało konkretne. Ogólne wskazanie warunków dotyczących wykonawcy nie może być potraktowane jako wyjaśnienie elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny. O ile bowiem wskazują na potencjalną i abstrakcyjną możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia, nie wskazują, jak i w jakim stopniu, podnoszone okoliczności wpływają na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz w wyjaśnieniach podniosło, iż decydującym czynnikiem, który miał wpływ na cenę było doświadczenie przy realizacji podobnych projektów i „rozeznanie warunków rynkowych”. Wykonawca ten wskazał, że dysponuje zespołem ekspertów [wymienionych w Wykazie osób]. W ocenie Odwołującego, ww. czynniki są zbyt ogólne i nieobiektywne. Doświadczenie, czy rozeznanie warunków rynkowych posiada każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, który spełnia wysokie wymagania Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, warunki udziału w postępowaniu zostały określone w dokumentacji przetargowej i były jednakowe dla wszystkich wykonawców - wykonawca musiał wykazać się odpowiednim doświadczeniem przy realizacji przedmiotowo podobnych inwestycji oraz był zobowiązany wskazać osoby o odpowiednich uprawnieniach i legitymujące się wymaganym doświadczeniem. Analogiczny wniosek można wysnuć w przypadku powoływania się przez BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz na zapis Specyfikacji Technicznej odnośnie platformy wymiany informacji [strony internetowej], która będzie pełnić rolę narzędzia ułatwiającego prowadzenie konsultacji społecznych - powyższe nie może być uznane za obiektywny czynnik mogący mieć wpływ na wysokość ceny. W pkt 3 wyjaśnień BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz przedstawiło „podział kosztów”. Podział jednak nie odnosi się do szczegółowego zakresu wezwania z dnia 25 listopada 2013 r. W wyjaśnieniach BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz zadeklarowała jedynie, że podział jest zgodny z wytycznymi dla każdego etapu i wskazała przewidywane ilości roboczogodzin oraz ogólne stawki dla pracowników [ujmując je w przedziale „od 60 do 250 zł”]. Zdaniem Odwołującego, Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz nie przedstawiła kalkulacji poziomu ceny jednostkowej odniesionej do długości rzeki objętej opracowaniem zgodnie z treścią wezwania. Wykonawca ten zakwestionował zasadność wezwania w tym zakresie. Kwestionując wezwanie BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz powinna ewentualnie wnieść odwołanie na tę czynność Zamawiającego, natomiast w przypadku gdy zdecydowała się złożyć wyjaśnienia, powinna szczegółowo, zgodnie z wezwaniem odnieść się do tego punktu. Zdaniem odwołującego, Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz *de facto* nie przedstawił wyjaśnień, a w konsekwencji złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r., sygn. akt KIO 458/13 „W ocenie Izby złożone przez

przystępującego wyjaśnienia z dnia 6 lutego 2013 roku są lakoniczne i nie wskazują na żadne obiektywne czynniki, które mogłyby uzasadniać tak niską kalkulację ceny oferty. Wyjaśnienia te nie dają zamawiającemu zatem pewności co do tego, że zamówienie za cenę zaproponowaną w ofercie zostanie zrealizowane w sposób rzetelny. Poza ogólnikowym stwierdzeniem, że kalkulacja ceny zawiera wszelkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia, zapewnia zysk, uwzględnia koszty własne i inne czynniki kosztotwórcze, przystępujący Groneko nie powołał żadnej konkretnej kalkulacji oraz nie wskazał na żadne obiektywne czynniki, które potwierdziłyby możliwość realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę. Za czynniki obiektywne, które mają wpływ na zaproponowaną cenę nie można uznać okoliczności, że wykonawca wykonuje zadania własnymi pracownikami i posiada własny sprzęt. Okoliczności te nie są elementami obiektywnymi, przynależnymi wyłącznie temu wykonawcy. W oparciu o złożone wyjaśnienia niemożliwym jest ustalenie w jaki sposób czynniki przywołane przez przystępującego Groneko [dysponowanie własnymi pracownikami, sprzętem i transportem] przekładają się na cenę zaoferowaną w tym postępowaniu. Za obiektywne czynniki, które uzasadniają skalkulowanie ceny oferty nie może być także uznane zestawienie przeciętnych cen brutto za demontaż i usuwanie odpadów zawierających azbest w roku 2012 na terenie województw ościennych. Dane te, niezależnie od tego, że nie wiadomo czy obejmują porównywalny zakres przedmiotu zamówienia, pozostają bez wpływu na kalkulację ceny oferty przystępującego Groneko. Z powyższych względów wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za zbyt ogólne, w efekcie uniemożliwiające zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Reasumując, Izba stwierdziła, że złożone przez przystępującego Groneko wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten podał obiektywne czynniki, mające wpływ na wysokość ceny. Wobec braku wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej, zamawiający zobligowany był do odrzucenia złożonej przez przystępującego Groneko oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”;

- wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2515/10 „Skoro więc stosowne wyjaśnienia składa podmiot zainteresowany w sprawie to same wyjaśnienia, o ile nie są szczegółowe, a wręcz ogólnikowe i lakoniczne nie mogą być obiektywne. To na wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Tymczasem konsorcjum MBZ udzielając wyjaśnień bardzo ogólnie wskazało elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Na obniżenie kosztów miała mieć bowiem wpływ okoliczność, iż zespół kluczowych ekspertów stanowią mieszkańcy Włocławka i okolic, co miało zmniejszyć koszty związane z pokonywaniem znacznych odległości, jak również

zapewnienia im zakwaterowania. Niemniej jednak nie wskazało jakiego rzędu są to kwoty, jak również w jakim stopniu okoliczność ta spowoduje obniżenie kosztów przedmiotowej usługi. Podobnie należy się odnieść do kwestii posiadanego przez konsorcjum MBZ biura spełniającego wymogi SIWZ. Powyższe nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko SO we Wrocławiu wyrażone w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt Ga 294/06, w którym stwierdzono, iż "posiadanie [...] dobrze prosperującego biura, dysponowania szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno - organizacyjno - logistycznym, dysponowanie kadra wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią obiektywnych czynników, które moeły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te powinny być bowiem uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów". Oznacza to więc, iż wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Czynnikiem takim, w świetle powyższego, nie może być więc sam fakt wskazania posiadania takiego biura nawet jeżeli znajduje się ono w miejscu, gdzie będzie realizowane zamówienie. Koniecznym jest bowiem przedstawienie szczegółowych kalkulacji, oszczędności wynikających z tego właśnie faktu, jak i zależności pomiędzy miejscem siedziby biura, a zaoferowaną ceną usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia. [...] Tak złożone wyjaśnienia Zamawiający powinien był uznać za zbyt ogólne, a więc takie, które nie pozwalają na uznanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Konsorcjum MBZ nie wykazało bowiem, iż cenę oferty skalkulowano w sposób rynkowy. Należało więc uznać, iż Konsorcjum MBZ tego typu informacji nie przedstawiło, a wskazane przez niego jako czynniki obiektywne w istocie takimi czynnikami nie są. Tak więc same ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i niczym nie udokumentowane twierdzenia, jakich niewątpliwie konsorcjum MBZ użyło w złożonych wyjaśnieniach, można uznać za niezłożone [stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05], gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający ma obowiązek dokonania obiektywnej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności."

Podobnie w wyrokach Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18 kwietnia 2012 r., sygn. I Ca 117/12; Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., IV Ca 1299/09; Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 2013-04-11 sygn. akt XIX 179/13.

W świetle przytoczonego orzecznictwa, powołane przez BJÖRNSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz czynniki są, zdaniem Odwołującego, niewystarczające do akceptacji przedłożonych wyjaśnień. Obowiązek udzielenia wyczerpującej odpowiedzi aktualizuje się dodatkowo, jeśli Zamawiający skorzysta z uprawnienia do zadania wykonawcy konkretnych pytań i wskazania, które elementy ceny budzą jego szczególne wątpliwości. W takiej sytuacji, jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca, choć nie musi ograniczać się jedynie do czynników wskazanych przez Zamawiającego, ma obowiązek odpowiedzi na kwestie zaznaczone przez Zamawiającego w wezwaniu i jest zobowiązany do wyczerpania zakresu informacji określonego przez Zamawiającego. Tak m.in.:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2011 r., sygn. akt KIO 358/11: *„Powyższe pismo, pomimo, iż stanowi odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, faktycznie nie przedstawia żadnych konkretnych okoliczności uzasadniających przyjęty w kosztorysach poziom cen wykonania przepompowni. Odwołujący nie załączył do ww. pisma żadnych dowodów, które przedstawiałyby uzasadnienie do twierdzenia, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny, umożliwiając wykonanie zamówienia za cenę oferty. Pismo nie zawiera odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego przedstawione w wezwaniu, a zatem nie może być uznane za przedstawiające wyjaśnienia, że cena oferty skalkulowana w oparciu o tak niskie koszty istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie jest ceną rażąco niską.”;*

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-04-22, KIO 716/13: *„ponadto - co zasługuje na szczególną uwagę - Przystępujący Astaldi w wyjaśnieniach w punktach Ad. 19 i 20 stwierdzeniem, że "pytanie wykracza poza zakres wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i rażąco niskiej ceny, a wkracza w zakres wstępnej kwalifikacji, którą konsorcjum Astaldi przeszło z wynikiem pozytywnym, spełniając wszystkie postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, co sam Zamawiający potwierdził zapraszając nas do składania ofert, to należy uznać, że nie jest ono uprawnione. Wykonawcy na etapie postępowania do złożenia oferty nie mieli obowiązku precyzowania tak szczegółowych informacji i sporządzania harmonogramu [...] " uchylił się od udzielenia Zamawiającemu odpowiedzi na pytania dotyczące potencjału sprzętowego oraz kadrowego, co tym bardziej uzasadnia podstawę do odrzucenia niniejszej oferty na podstawie art. 90 ust.*

3 ustawy Pzp. W ocenie Izby - nie można w tym względzie zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego Astaldi, że Zamawiający nie był uprawniony do pytania wykonawcy o mobilizację sprzętową oraz kadrową. ”;

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-07-29, KIO/UZP 1479/10, KIO/UZP 1489/10: „Odnosząc się do kluczowej dla rozstrzygnięcia podnoszonego przez odwołującego się zarzutu kwestii, tj. czy złożone przez Mostostal Warszawa S.A. w piśmie z dnia 28.05.2010 r. wyjaśnienia odpowiadają żądaniu zamawiającego wynikającemu z pisma z dnia 26.05.2010 r. skład orzekający Izby stwierdza, że wezwany wykonawca żądaniu temu nie sprostał. Bez wątplenia z treści wezwania wynikają dwie powinności wykonawcy. Po pierwsze jest to obowiązek polegający na złożeniu "szczegółowej kalkulacji ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu uwzględniającej wszystkie elementy cenotwórcze" i po drugie obowiązek "wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np. oszczędność metody wykonania [...] i inne. O ile pismo Mostostal Warszawa S.A. z dnia 28.05.2010 r. można ocenić z punktu widzenia drugiego ze wskazanych obowiązków, o tyle w żaden sposób nie jest możliwa taka ocena pod kątem pierwszego ze wskazanych obowiązków, ponieważ żadnej [szczegółowej bądź nie] kalkulacji ceny ofertowej Mostostal Warszawa S.A. w swoim piśmie nie zawarł. Stanowi to wystarczającą podstawę do uznania, że Mostostal Warszawa S.A. w odpowiedzi na wezwania zamawiającego nie złożył żadnych wyjaśnień w odniesieniu do jednego z żądań zamawiającego, co tym samym czyni całość złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień niepełnymi i niekompletnymi.”.

Odwołujący podał, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 25 listopada 2013 r. precyzyjnie przedstawił swoje wymagania co do treści wyjaśnień. Miały one odnosić się do konkretnych pozycji kalkulacji wyszczególnionych w wezwaniu. Jak wynika z wyjaśnień, BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz nie uczyniła zadość treści wezwania, a tym samym jej wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za wystarczające i *de facto* za złożone. Wobec tego, za zasadny należy uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wykonawca nie udowodnił bowiem, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

3) W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący

podniósł, że Zamawiający powinien wezwać BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do uzupełnienia dokumentów. Zgodnie z pkt 2.9.1. SIWZ podmioty zagraniczne składają dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał prawem przewidziane zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do swojej oferty załączyła zaświadczenia:

- Techniker Krankenkasse [Kasa Chorych], potwierdzające opłacenie składek na ubezpieczenie społeczne - z dnia 15 lipca 2013 r.;
- AOK - Rheinland Pflatz/Saarland [AOK Kasa Chorych], potwierdzające opłacenie składek na ubezpieczenie społeczne - z dnia 10 lipca 2013 r.;
- VGB [podmiot ustawowego ubezpieczenia wypadkowego], potwierdzające, opłacenie składek od obowiązkowego ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków przy pracy - z dnia 4 lipca 2013 r.

Wyżej wymienione dokumenty zostały wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert [zgodnie z rozdziałem XII SIWZ lit. a) termin składania ofert upłynął 16 października 2013r.]. Na zaświadczeniu AOK z dnia 10 lipca 2013 r. jest wprost napisane, iż dokument ten jest ważny 3 miesiące od daty wystawienia, a tym samym data jego ważności upłynęła w dniu 10 października 2013 r. Nie można również, zdaniem Odwołującego, uznać, że pozostałe z ww. zaświadczeń spełniają wymogi SIWZ. Chociaż na dokumencie z dnia 4 lipca 2013 r. stwierdzono, iż zaświadczenie jest ważne do 31 maja 2014 r., to wymóg określony w polskim Prawie zamówień publicznych jasno precyzuje, iż istotna jest data wystawienia dokumentu, która w niniejszym przypadku nie może być wcześniejsza niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert [identyczne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 7 września 2009 r., KIO/UZP 1090/09, KIO/UZP 1111/09 odnosząc się do zaświadczenia z Urzędu Skarbowego wystawionego wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, mimo iż z zaświadczenia wynikało, że jest nadal ważne]. Fakt, iż w ofercie są również inne zaświadczenia [z prawidłową datą] potwierdzające brak zaległości w opłaceniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, nie wyklucza zasadności zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia wskazanych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo

zamówień publicznych. W Niemczech obowiązuje rozproszony system ubezpieczeń, a firmy obowiązane są do uiszczania składek na rzecz różnych podmiotów. Jak wynika z kwestionowanego zaświadczenia z dnia 15 lipca 2013 r., BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz posiada 102 aktualnie zgłoszonych do Techniker Krankenkasse pracowników, natomiast zgodnie z zaświadczeniem z dnia 10 lipca 2013 r. do AOK zostało zgłoszonych 14 pracowników. Skoro BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz zgłosiła do Techniker Krankenkasse i AOK 116 pracowników, powinna była załączyć do oferty aktualne zaświadczenie, zgodnie z wymogami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie zaświadczenia z dnia 4 lipca 2013 r., jest to jedyne zaświadczenie załączone do oferty, które dotyczy ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków przy pracy.

Odwołujący podał, że Zamawiający zaniechał również wezwania Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz do uzupełnienia dokumentów w postaci zobowiązań do udostępnienia zasobów. Żaden z załączonych przez tego wykonawcę dokumentów nie odpowiada wymoganiom postawionym w dokumentacji przetargowej oraz w *rozporządzeniu z dnia 19 lutego 2013 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r., poz. 231]*. Zgodnie z rozdziałem V pkt 1.2 SIWZ, zobowiązanie do udostępnienia zasobów powinno zawierać w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z tym podmiotem, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wszystkie załączone do oferty BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz zobowiązania są sporządzone odmiennie niż określają to wymagania SIWZ, a w związku z tym Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z załączonych zobowiązań nie wynika np. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, charakter stosunku, jaki będzie łączył BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz z innymi podmiotami, jak również zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Niezależnie od powyższego, istotne wątpliwości budzą zobowiązania podpisane przez p. Rainera Kipfmüllera [str. 15 i 17 oferty], który w treści zobowiązania oświadcza iż działając jako prezes Geo Ingeniueservice Polska sp. z o.o., zobowiązuje się do udostępnienia zasobów innego podmiotu tj. Geo Ingeniueservice Süd GmbH. Z tak przedstawionej treści dokumentu nie można w żaden sposób wywnioskować, zasoby

którego podmiotu zostały udostępnione wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz. Nie można również stwierdzić, czy p. Rainer Kipfmuller był upoważniony do działania w imieniu Geo Ingeniueseryice Sud GmbH. W konsekwencji wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż w tym zakresie powoływał się na zasoby udostępnione przez podmiot trzeci.

Odwołujący podniósł wreszcie, że zgodnie z zobowiązaniem umieszczonym na str. 21 oferty, osoba wskazana do pełnienia funkcji *Głównego eksperta w zakresie geodezji* zobowiązała się we własnym imieniu do „pracy przy projekcie”. Tymczasem z wykazu osób, pkt 4 - podstawa do dysponowania [str. 67 oferty] wynika, że jest ona zatrudniona na stałe w BCE Kraków sp. z o.o. [podmiot ten zgodnie z formularzem oferty - str. 2 - ma być podwykonawcą]. Wobec tego, Zamawiający powinien wezwać BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w zakresie rozbieżności pomiędzy złożonym zobowiązaniem, a wykazem osób.

III. Zamawiający wniósł na rozprawie w dniu 13 grudnia 2013 r. o oddalenie odwołania, by następnie na kolejnej rozprawie, w dniu 18 grudnia 2013 r. uwzględnić te zarzuty, które dotyczyły uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu [zarzuty ujęte pkt III.4 odwołania, tj. wskazujące na podstawę uzupełnienia dokumentów - str. 9 do 11 odwołania].

IV. Do postępowania odwoławczego, złożył przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania, zaś w następstwie uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów, to jest dotyczących uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oświadczył, iż sprzeciwia się temu uwzględnieniu, w części, która odnosi się do uzupełnienia dokumentów w postaci zobowiązań do udostępnienia zasobów, stanowiących wiedzę i doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH

Ustalono, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Nie podzielono argumentacji Przystępującego, co do braku przesłanek materialnoprawnych w zakresie stawiania zarzutów i żądań, wskazujących na obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów. Bezsposornie, Odwołujący ma interes oraz możliwość poniesienia szkody w następstwie dążenia do uzupełnienia przez konkurencyjnego wykonawcę dokumentów, a nie tylko w działaniach zmierzających do jego definitywnego wyeliminowania w ramach wykluczenia z postępowania albo odrzucenia oferty. Żądanie uzupełnienia dokumentów jest czynnością poprzedzającą dalsze czynności w ramach oceny ofert, daje zatem odwołującemu się wykonawcy możliwość dalszego kwestionowania oferty, zaś fakt oraz wynik ewentualnego uzupełnienia na tym etapie nie jest przesądzony. Powyższe przemawia za uznaniem legitymacji do kwestionowania również zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów konkurencyjnego wykonawcy.

II. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA W ZAKRESIE PODNIESIONYCH ZARZUTÓW

Na wstępie podkreślenia wymaga kilka uwag ogólnych, mających znaczenie dla wydanego rozstrzygnięcia.

[1] Związanie zarzutami podniesionymi w odwołaniu [art. 192 ust. 7 ustawy]

Po pierwsze – Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynika z podniesionych zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im

kwalfikacja prawna. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalfikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalfikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. [...] Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”* Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Rozpatrzeniu podlegać zatem mogły jedynie te zarzuty, których przynajmniej podstawowy zarys przedstawiony został w odwołaniu.

Po drugie, w myśl znajdującego zastosowanie do przedmiotowego stanu faktycznego art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - odwołanie wnosi się w terminie przewidzianym ustawą, który w analizowanej sprawie wynosi 10 dni od daty przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania. Wszelka zatem argumentacja, która nie znalazła odzwierciedlenia w złożonym w terminie odwołaniu, a która została podniesiona przez Odwołującego później [na rozprawie a także w złożonym piśmie procesowym] nie mogła podlegać rozpatrzeniu, jako stanowiąca w istocie niedopuszczalne rozszerzenie odwołania wyrażone po terminie na jego złożenie.

Przypomnienia wymaga, że właściwe, pełne przedstawienie zarzutów w odwołaniu ma

znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także – wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu – służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Stąd konieczne jest wyznaczenie granicy dopuszczalnego sprecyzowania zarzutów odwołania, dla przesądzenia kiedy nowa, podniesiona na posiedzeniu czy rozprawie argumentacja mieści się w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów, a kiedy już stanowi wykroczenie poza ich treść. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z pełną argumentacją oraz dowodami ją potwierdzającymi zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości [art. 186 ust. 1 i 2 ustawy]. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz o ewentualnym sprzeciwie – w przypadku uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego.

Stąd ta argumentacja, która nie znalazła wyrazu w odwołaniu, nie mogła być brana pod uwagę. Dotyczy to w szczególności argumentacji podniesionej na rozprawie w odniesieniu do zadań wykonanych przez osobę wskazaną przez BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz na stanowisko *Specjalisty w zakresie ocen środowiskowych* [wykaz osób - strona 69-70 oferty BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz], co do których Odwołujący podał w odwołaniu, że *„część wykazanych projektów nie można uznać jako projekty „dla przedsięwzięć inwestycyjnych” [dla przykładu za taki nie może być uznany projekt wskazany w pkt 24 wykazu]. Za projekty dotyczące przedsięwzięć inwestycyjnych nie mogą być uznane również projekty wskazane w pierwszej części wykazu, tj. projekty opisane przez Wykonawcę jako dotyczące „inventaryzacji i ekspertyz przyrodniczych”. W konsekwencji wykonawca nie potwierdził 5 letniego doświadczenia w opracowywaniu prognoz oddziaływania na środowisko oraz dokumentów środowiskowych dla przedsięwzięć inwestycyjnych.”*. Jak wynika z powyższego, Odwołujący zakwestionował jedynie zadanie ujęte w pozycji 24 drugiej części wykazu, jak również wszystkie projekty wskazane w pierwszej części tego wykazu. Nie mogły być zatem brane pod uwagę zastrzeżenia, jakie Odwołujący sformułował dopiero na rozprawie, które odnosiły się do innych zadań, aniżeli te, które ujęte zostały w pierwszej części wykazu oraz pozycji 24 drugiej jego części, to jest argumentacja, zgodnie z którą *„część zadań nie jest zadaniami inwestycyjnymi, co dotyczy poz. 24 drugiej części wykazu, a także poz. 22 i 23; jeśli chodzi o poz. 24, to nie dotyczy ona przedsięwzięcia inwestycyjnego, bo dotyczy zmiany*

przeznaczenia gruntu leśnego na rolny, nie jest to więc przedsięwzięcie inwestycyjne; co do poz. 23 - mowa jest tam o eksploatacji, to także nie jest przedsięwzięcie inwestycyjne, skoro eksploatacja to użytkowanie, a użytkowni nie stanowi inwestycji; w odniesieniu do poz. 22 mówi się w niej o opracowaniu ekofizjograficznym dla terenów leśnych” [protokół z rozprawy z 13 grudnia 2013 r., str. 6]. Odwołanie nie zawiera żadnej wzmianki, dotyczącej zadań opisanych w pozycjach 22 i 23 wykazu osób, co nakazuje traktować tę argumentację jako wykraczającą poza treść odwołania.

Podobnie jest z argumentacją sformułowaną na rozprawie w dniu 18 grudnia 2013 r. a także piśmie procesowym Odwołującego z 18 grudnia 2013 r. [str. 4 pisma, pkt III.2], odnoszącą się do wystawienia referencji, dotyczących pomiarów geodezyjnych dla dwóch podmiotów [Geo Ingenieurservice GmbH Kutterstraße 3, 26382 Wilhelmshaven oraz Geo Ingenieurservice Gewerbegebiet 18, 18519 Miltzow], innych niż ten który udostępnił zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, to jest Geo ingenieurservice Sud GmbH & Co. KG. Zarzuty w tym zakresie nie zostały podniesione w odwołaniu.

Nie sposób przy tym przyjąć, że dla uznania, że postawiono zarzut, wystarczające jest wskazanie odpowiedniej kwalifikacji prawnej [w tym wypadku: postawienie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, czy przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy], albo ogólne stwierdzenie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu – zarzut powinien bowiem odnosić się do konkretnych okoliczności, do danego dokumentu, wskazując w sposób czytelny zastrzeżenia wobec tego dokumentu lub jego oceny. Tego postulatu nie spełniają postawione w powyższym zakresie zarzuty odwołania, co nakazuje przyjąć, że nastąpiło niedopuszczalne rozszerzenie odwołania. Nie jest dopuszczalne, by w wyniku doprecyzowania postawionych zarzutów, odwołanie - już po terminie na jego złożenie - w istocie zostało sformułowane na nowo, wskazując na nowe zarzuty, uprzednio w nim nie zawarte. Tym samym, wyżej wskazana argumentacja, nie mogła być brana pod uwagę.

[2] Zarzuty uwzględnione przez Zamawiającego

W analizowanej sprawie, Zamawiający na rozprawie w dniu 18 grudnia 2013 r. oświadczył, że uwzględnia zarzuty ujęte w pkt III.4 odwołania, to jest te, które wskazują na podstawę do uzupełnienia dokumentów, co dotyczy argumentacji zawartej na str. 9 do 11 odwołania.

Wobec tego uwzględnienia Przystępujący złożył sprzeciw w odniesieniu do uwzględnienia tych zarzutów, które wskazują na obowiązek wezwania do uzupełnienia

dokumentów stanowiących zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

Biorąc powyższe pod uwagę, uznano, iż w powyższej sytuacji nie mamy do czynienia z uwzględnieniem odwołania, o którym mowa w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, skutkującym umorzeniem postępowania, bowiem we wskazanych przepisach mówi się o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania, a z taką sytuacją pełnego braku sporu między stronami, nie mamy do czynienia w rozpatrywanej sprawie. Takie przyznanie zasadności niektórych zarzutów nie stanowi także uznania części odwołania, analogicznego do uznania powództwa, o którym mowa w art. 213 § 2 Kpc, którym Krajowa Izba Odwoławcza miałaby być związana, o ile nie jest ono sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego oraz nie zmierza do obejścia prawa. Po pierwsze – wskazany przepis kpc nie znajduje zastosowania w postępowaniu odwoławczym, zaś sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna analogicznej instytucji, innej aniżeli przewidziane w art. 186 ust. 2 i 3 uwzględnienie w całości zarzutów odwołania, skutkujące umorzeniem postępowania. W takim jednak wypadku wykonawcy, którego interes naruszałoby takie uwzględnienie zarzutów przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu wobec tego uwzględnienia. Po drugie, postępowanie o zamówienie publiczne [a w konsekwencji – także postępowanie odwoławcze mające za zadanie zbadanie poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie opisanym zarzutami stawianymi w odwołaniu] nie rządzi się zasadą pełnej kontradyktoryjności i dyspozycyjności, gdzie strony – uczestnicy postępowania są dysponentami podejmowanych czynności i w których to gestii jest dysponowanie własnymi roszczeniami. To postępowanie, którego czynności regulowane są w znacznej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i przez pryzmat przepisów tej ustawy ocenie podlega prawidłowość podejmowanych przez zamawiającego czynności. Nie jest zatem tak, że fakt przyznania przez zamawiającego zasadności niektórych zarzutów odwołania wywołuje skutek w postaci związania Krajowej Izby Odwoławczej takim stanowiskiem zamawiającego, jeśli nie jest ono sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego oraz nie zmierza do obejścia prawa. Właśnie ocenie pod kątem zgodności z prawem – ustawą Prawo zamówień publicznych, podlega czynność zamawiającego kwestionowana w odwołaniu, i przez pryzmat zgodności z tymi przepisami podlega ocenie przyznanie zasadności niektórych zarzutów odwołania. Jakkolwiek bowiem czynności zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezależności podmiotu jakim jest zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględny charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązanej do stosowania

ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych to nie przepisy, których zastosowanie pozostawiono uznaniu zamawiającego. Zatem zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałyby to dotyczyć wykluczenia wykonawcy, albo odrzucenia jego oferty, co do których to czynności przepisy enumeratywnie wyznaczają podstawy tej czynności.

Zatem okoliczność, że zamawiający przyznał zasadność niektórych zarzutów nie oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza jest związana takim stanowiskiem zamawiającego, niezależnie od postawy prezentowanej w tym zakresie przez Przystępującego. Zarzuty te podlegają rozpatrzeniu w zakresie jaki pozostaje sporny między stronami oraz ich ocenie pod kątem zgodności z prawem. Odmienne ocena w tej mierze naruszałaby prawa wykonawcy który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i który w takim wypadku nie miałby możliwości zwalczania zarzutów naruszających jego interes, wobec braku możliwości złożenia sprzeciwu co do takiego częściowego uwzględnienia odwołania.

Podzielić należy pogląd, iż w danych okolicznościach sprawy, uniemożliwienie Przystępującemu zgłoszenia sprzeciwu, co do częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, albo uznanie, że w takim wypadku nie może on prezentować stanowiska odmiennego od stanowiska Zamawiającego, który uwzględnił część zarzutów, prowadziłoby do pozbawienia go możliwości obrony swoich praw. Niewątpliwie Przystępujący ma interes w utrzymaniu pierwotnej decyzji Zamawiającego. Odmówienie Przystępującemu prawa do obrony własnej oferty w takim wypadku nie daje się pogodzić z celem art. 186 ustawy, gwarantującym przystępującemu po stronie zamawiającego, w którego interes decyzja uwzględniająca zarzuty odwołania godzi, prawo zakwestionowania działań zamawiającego.

W konsekwencji Izba, dokonując wykładni art. 186 ustawy, doszła do przekonania, że w sytuacji uwzględnienia części zarzutów odwołania skutkującego negatywnymi konsekwencjami dla Przystępującego po stronie Zamawiającego wykonawcy, taki wykonawca jest uprawniony do prezentowania stanowiska przeciwnego od stanowiska

Zamawiającego, co jest równoznaczne ze sprzeciwem, o którym mowa w art. 186 ust. 2 oraz 185 ust. 5 ustawy. Przyjęcie innej interpretacji oznaczałoby, że Przystępujący, mimo iż działał z należytą starannością w toku postępowania odwoławczego, korzystając z przysługującego mu uprawnienia do zgłoszenia przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy, nie miałby żadnej możliwości, aby chronić swój interes, co z pewnością nie było zamiarem racjonalnie działającego ustawodawcy.

Innymi słowy, w razie odmiennej oceny skutków uwzględnienia części zarzutów odwołania, niezbędnym byłoby przyjęcie dopuszczalności złożenia w tym zakresie sprzeciwu przez wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, co prowadzi do tego samego skutku, w postaci obowiązku rozpatrzenia merytorycznego podniesionych zarzutów.

Uwzględnione przez Zamawiającego zarzuty, co do których Przystępujący złożył sprzeciw, podlegały zatem merytorycznemu rozpatrzeniu. Zarzuty co do których Przystępujący takiego sprzeciwu nie złożył, w części w której zostały uwzględnione przez Zamawiającego, stały się bezspornymi między stronami. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 5 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Tym samym uznano, że wykonawcy, który złożył przystąpienie po stronie Zamawiającego, przysługuje możliwość prezentowania stanowiska odmiennego do tego, jakie prezentuje strona do której złożone zostało przystąpienie [tutaj: Zamawiający, który podzielił niektóre zarzuty odwołania]. W przeciwnym bowiem wypadku Przystępujący pozbawiony zostałby możliwości obrony w postępowaniu, co jest szczególnie dolegliwe w zakresie zarzutów kierowanych wobec jego sytuacji w postępowaniu, gdzie wykonawca nie ma innej, aniżeli przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego prawnej ścieżki obrony swojej pozycji w postępowaniu. Jakkolwiek bowiem przepis art. 185 ust. 5 ustawy przewiduje, że czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, jeśli przyjąć, że nie jest możliwe złożenie sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, koniecznym staje się uznanie możliwości prezentowania przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego stanowiska odmiennego od tego, w którym zamawiający przyznaje zarzuty w zakresie godzącym w interes wykonawcy

przystępującego. Podzielono w powyższej mierze stanowisko prezentowane w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2011 r. w spr. o sygn. akt KIO 2626/11 i 2633/11 oraz z dnia 14 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1602/12, 1607/12, 1613/12, 1616/13, 1617/13, KIO 1618/13 jak i w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. w sprawie 510/12.

[3] Nie mogły być brane pod uwagę złożone na rozprawie przez Przystępującego dokumenty, złożone na okoliczność tych zarzutów, które zmierzały do wykazania, że w ofercie BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz powinny podlegać uzupełnieniu dokumenty potwierdzające, że wykonawca nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał prawem przewidziane zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, a także zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów. Zasadą jest, że dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne składane są wobec zamawiającego i przez niego są oceniane. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, dokumenty złożone przez Przystępującego mogą, i powinny być złożone wobec Zamawiającego w ramach ponownego badania i oceny ofert.

Zatem, złożone przez Przystępującego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz zaświadczenia z niemieckich organów właściwych w sprawach ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego – wobec zaniechania w postępowaniu o zamówienie publiczne wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wobec Zamawiającego – musiały być potraktowane na etapie postępowania odwoławczego z uwzględnieniem wynikającej wprost z przepisu art. 26 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych okoliczności, że to wobec zamawiającego następuje wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano, odwołanie przysługuje od czynności lub zaniechania zamawiającego, zatem ocenie w trybie środka ochrony prawnej podlega ta czynność, względnie zaniechanie w takim kształcie i zakresie, w jakim zostały one przez zamawiającego dokonane. Postępowanie odwoławcze nie zastępuje bowiem postępowania o zamówienie publiczne, które się toczy przez zamawiającym, a służy do kontroli poprawności jego decyzji. Konsekwencją powyższego jest, że kwestionowane w odwołaniu

czynności i zaniechania Zamawiającego należało analizować wyłącznie w oparciu o złożone w ofercie BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz dokumenty.

III. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Analiza treści podniesionych zarzutów wskazuje, że część z nich okazała się być zasadna. Dotyczy to zarzutów, które finalnie pozostawały spornymi między stronami: to jest dotyczących obowiązku uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, stanowiących zobowiązania do udostępnienia wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz zasobów, stanowiących wiedzę i doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby.

Wobec uwzględnienia zarzutów nawiązujących do obowiązku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał prawem przewidziane zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, a także wystąpienia do tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie dokumentów złożonych na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko *Głównego eksperta w zakresie geodezji*, oraz przyznania zasadności tych zarzutów [niewniesienia sprzeciwu wobec tego uwzględnienia] przez Przystępującego – ta część zarzutów okazała się między wszystkimi uczestnikami postępowania zainteresowanymi jego wynikiem – bezsporna. W tej mierze nakazano zatem uzupełnienie dokumentów dotyczących niezalegania z uiszczaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne oraz wyjaśnienie, w jakiej roli będzie uczestniczyła w postępowaniu osoba wskazana na stanowisko *Głównego eksperta w zakresie geodezji* [str. 67 oferty Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz] – w myśl zgodnego stanowiska wszystkich uczestników postępowania.

Mimo ogólnego uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich zarzutów pkt. III.4, to jest tych, które wskazują na podstawę uzupełnienia dokumentów [str. 9 do 11 odwołania], którą to ocenę podzielił Przystępujący w zakresie dokumentów dotyczących niezalegania z uiszczaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, finalnie sporną okazała się ocena dokumentu pochodzącego z VBG – Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Wypadkowych [str. 104 i 105 oferty Przystępującego]. Zamawiający, prezentując swoje

stanowisko podał, że nie brał pod uwagę tego dokumentu w ramach oceny oferty; że w Jego ocenie ten dokument nie był wcale wymagany, a także że w świetle prawa niemieckiego, tego rodzaju ubezpieczenie nie mieści się w kategorii ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych. Skoro jednak wobec tego dokumentu podniesione zostały zarzuty dotyczące daty jego wystawienia, które okazały się postawione wobec dokumentu złożonego przez Przystępującego w ofercie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zarazem – zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego - wcale nie poddanego ocenie przez Zamawiającego, Zamawiający powinien wyjaśnić kwestię, czy ten dokument jest wymagany. Zamawiający przy tym uwzględnił podniesione w odwołaniu te zarzuty, które wskazywały na potrzebę uzupełnienia dokumentów dotyczących niezalegania z uiszczaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, z czym zgodził się także Przystępujący. Skoro zaś dokument pochodzący z VBG nie został przez Zamawiającego wcale oceniony, a Odwołujący podniósł zarzut wskazujący na jego niewłaściwą datę, to tak postawiony zarzut należało potraktować jako skierowany wobec czynności Zamawiającego, która nie miała miejsca. Prezentowane dopiero na rozprawie przez Zamawiającego stanowisko co do braku wymagania tego dokumentu, ujawniło spór między stronami co do samej zasady obowiązku złożenia tego dokumentu, co do którego jednak, wobec złożenia go w ofercie Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz, oraz niewyartykułowania przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu postępowania, że nie był on brany pod uwagę, Odwołujący nie mógł wykazywać, że jest on jednak wymagany. Rozstrzygnięcie o tym zarzucie jest, na obecnym etapie, przedwczesne. Zamawiający powinien zatem ustalić, z jakich powodów wykonawca Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz zawarł go w swojej ofercie, czy był on wymagany, a następnie poddać ocenie, czemu służy wyjaśnienie tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Wtedy dopiero będzie mogła być kwestionowana jego treść albo forma, czy też data wystawienia.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty wskazujące na zaistnienie podstawy do wykluczenia Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko *Specjalisty w zakresie ocen środowiskowych* oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia.

W zakresie spornych zarzutów uwzględniono okoliczności:

[1] w zakresie zarzutów dotyczących niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko *Specjalisty w zakresie ocen środowiskowych*:

Zamawiający postawił w postępowaniu wymaganie, by wykonawca dysponował na przedmiotowe stanowisko osobą posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia w opracowywaniu prognoz oddziaływania na środowisko oraz dokumentów środowiskowych dla przedsięwzięć inwestycyjnych, a także posiadającym znajomość procesu strategicznej oceny oddziaływania na środowisko.

Sporną w sprawie, w pierwszym rzędzie, była kwestia posiadania przez osobę wskazaną przez Przystępującego pięcioletniego doświadczenia.

W powyższym zakresie sporna była interpretacja tego warunku: Odwołujący wykazywał, że wymagane jest wykazanie i zaprezentowanie odpowiednich projektów, których łączny czas trwania da pięcioletni okres doświadczenia, podczas gdy Zamawiający stał na stanowisku, że w świetle postawionego warunku wystarczy, by osoba wykonała w ciągu jednego roku kalendarzowego jakiegokolwiek zadanie zgodne z zakresem warunku, wtedy należałoby uznać, że osoba posiada jeden rok doświadczenia. Nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, że wystarczy tutaj wykonać odpowiednie zadanie w danym roku kalendarzowym – treść warunku nie pozwala na taką jego interpretację, nie mówi się w nim nic na temat liczenia doświadczenia w układzie lat kalendarzowych. W świetle warunku, który mówi o doświadczeniu i który stawia wymaganie pięciu lat w wykonywaniu odpowiednich opracowań, należy przyjąć, że osoba winna wykazać się działalnością o cechach pewnej stałości, która da łącznie okres co najmniej pięcioletniego doświadczenia, lub aktywnością wykonywaną bardziej epizodycznie – wtedy należałoby sumować okresy takiej aktywności. Nie sposób bowiem pomijać, że „doświadczenie w opracowywaniu” można uzyskać w wyniku ciągłego stosunku, np. pracy w odpowiednim biurze przez wymagany okres, albo prowadząc działalność niejako uboczną i wykonując odpowiednie projekty. Sam warunek wymagający pięcioletniego doświadczenia, zakres tego doświadczenia określa jako działania określone rezultatem - opracowywanie prognoz oddziaływania na środowisko oraz dokumentów środowiskowych dla przedsięwzięć inwestycyjnych. Tym samym, oceny, czy wykonawca Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz wykazał pięcioletnie doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko *Specjalisty w zakresie ocen środowiskowych*, należy dokonywać w kontekście całokształtu wskazanych zadań, rozpatrywanych nie jako

jednostkowe, epizodyczne przedsięwzięcia mierzone długością danego projektu, ale jako czas prowadzenia pewnej stałej aktywności w danym zakresie. W odniesieniu do osoby wskazanej na powyższe stanowisko, w części drugiej wykazu podano łącznie dwadzieścia cztery zadania, przy czym okres, w jakim były one wykonywane obejmuje czas od maja 2008 r. do kwietnia 2013 r. Częstotliwość wykonywania działalności w zakresie takich opracowań [a i tu – jak wynika z nagłówka drugiej części wykazu – podano tylko przykładowe zadania] wskazuje, że mamy tu do czynienia z działalnością o cechach stałości, która może w tej sytuacji być traktowana jako łączny czas wykonywania tego rodzaju opracowań, co obrazują wskazane opracowania i przypisane im daty wykonania finalnego dzieła. Daje to łącznie okres pięciu lat, bez jednego miesiąca, nawet jeśli nie zostanie uwzględnione zadanie z poz. 24, którego Zamawiający nie brał pod uwagę, jako że nie dotyczy przedsięwzięcia inwestycyjnego a zmiany użytkowania gruntu z rolnego na leśny [pisemne stanowisko Zamawiającego, złożone na rozprawie w dniu 13 grudnia 2013 r.]. Ponadto, wbrew twierdzeniu Odwołującego, także zadanie z poz. 23 – *raport oddziaływania na środowisko przedsięwzięcia polegającego na eksploatacji złoża kruszywa naturalnego w miejscowości Szydłowiec w wydzielonej części działki nr 541 będącej własnością Skarbu Państwa w zarządzie Nadleśnictwa Mielec [Oddział 237], Kraków, maj 2008* spełnia wymagania, by dotyczyło przedsięwzięć inwestycyjnych. Wbrew tezie prezentowanej przez Odwołującego, fakt, że w opisie tego zadania mówi się o eksploatacji, nie oznacza jedynie użytkowania: całość opisu wyraźnie wskazuje, że mowa jest o opracowaniu dotyczącym oddziaływania na środowisko zorganizowanego przedsięwzięcia jakim jest eksploatacja złoża, co nawiązuje raczej do uruchomienia linii wydobywczej, rozumianej jako przedsięwzięcie inwestycyjne, a nie bieżącego użytkowania złoża. Należy następnie wziąć pod uwagę, że cały wykaz ma służyć wykazaniu odpowiedniego doświadczenia, a nie tylko jego druga część, zatem należy uwzględnić także zadania ujęte w części pierwszej wykazu, w której podano dodatkowo czternaście opracowań, datowanych począwszy od 1994 r. do 2012 r., przy czym Zamawiający podał, że spośród tych zadań uwzględnił trzy: *inwentaryzacja przyrodnicza oraz ocena oddziaływania na środowisko renowacji uszkodzonego fragmentu wału cofkowego, umożliwiającego, za pomocą istniejącej śluzy wałowej, odprowadzenie wody z systemu wód melioracyjnych do rzeki Drwinki [2012] – wykonawca opracowania [3 miesiące] – poz. 1 wykazu; opinia dotycząca zasadności inwestycji polegającej na budowie zbiorników zaporowych „Radawka” i „Kryżowatki” w obrębie użytku ekologicznego Starorzecze potoku Radawka położonego w miejscowości Mołodycz, gmina Wiązownica – na zlecenie Nadleśnictwa Sieniawa - 2009 – inwentaryzacja i monitoring terenowy, współautor opracowania [ok. 10 miesięcy] – poz. 6 wykazu; określenie wpływu działalności górniczej kopalni wapienia „Czatkowice” na stan zachowania rezerwatu*

przyrody „Dolina Eliaszówki” [1994] współwykonawca [rok] – poz. 11. Uwzględniając te zadania, a przede wszystkim zadanie wyraźnie wykraczające poza wynikający z części drugiej wykazu okres pięciu lat bez miesiąca, to jest „określenie wpływu działalności górniczej kopalni wapienia „Czatkowice” na stan zachowania rezerwatu przyrody „Dolina Eliaszówki”, co do którego w opisie podano, że zadanie wykonano w 1994 r. i że trwało ono rok, bezspornie wykazane zostało, że osoba posiada odpowiednie doświadczenie w opracowywaniu wymaganych dokumentów, uzyskane w wyniku działalności wykonywanej już w 1994 r., o cechach stałości, pozwalającej traktować wykonywanie różnych opracowań jako jeden okres wykonywania aktywności wpisującej się w stawiany warunek udziału w postępowaniu.

Nie potwierdziły się także zarzuty wskazujące na to, że część wskazanych w wykazie zadań, w tym to jest zadanie z poz. 24 części drugiej wykazu a także zadania z części pierwszej wykazu nie mają za przedmiot przedsięwzięć inwestycyjnych. Zamawiający podał, że nie brał pod uwagę zadania z poz. 24 części drugiej wykazu, co jednak nie ma znaczenia dla wykazania spełnienia warunku, pozostałe zadania pozwalają bowiem na pozytywną ocenę, że zarówno w aspekcie przedmiotowym jak i czasowym, pozostałe zadania wyczerpują wymagania stawiane doświadczeniu osoby. Z części pierwszej wykazu istotne okazało się zadanie z poz. 11, to jest *określenie wpływu działalności górniczej kopalni wapienia „Czatkowice” na stan zachowania rezerwatu przyrody „Dolina Eliaszówki”*. Opis tego zadania wskazuje, że ma ono za przedmiot dokument środowiskowy dla przedsięwzięcia inwestycyjnego.

W konsekwencji, nie potwierdziły się zarzuty wskazujące na podstawę do wykluczenia Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz.

[2] w zakresie zarzutów, wskazujących na podstawę do odrzucenia oferty Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz, jako zawierającej rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia:

Wniosek Odwołującego, zgodnie z którym oferta Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia [art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy] nie jest uzasadniony.

Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe wskazywało, że: „ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”. [wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08,

wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09], a także że: „Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość [vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05] oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego [wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 [„Transporoute”] i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 [„Fratelli Costanzo”]. Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej [wyrok KIO z dnia 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09]. Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” [wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08].

Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne, po pierwsze, podkreślenia wymaga, że samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, do wartości szacunkowej zamówienia albo kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert i uznać, że zostały niewłaściwie skalkulowane. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro

odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego.

W analizowanej sprawie Zamawiający, biorąc pod uwagę ujawniające się, znaczące różnice w cenach ofert wykonawców, wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przystępujący w odpowiedzi podał wiele okoliczności i rozważań, z których przynajmniej część, istotnie, nie ma znaczenia dla oceny czy cena została skalkulowana poprawnie. Dotyczy to ogólnych rozważań dotyczących doświadczenia wykonawcy, czy wcześniej realizowanych przedsięwzięć. Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z przepisu tego wynika, że wykonawca jest zobligowany do podania istotnych elementów oferty, to jest tych, które mają wpływ na wysokość ceny. Przepis wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a zatem nie do innych przedsięwzięć zrealizowanych przez wykonawcę, ale kalkulacji kosztów przyjętej dla realizacji tego konkretnego zamówienia. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych nakładów i środków produkcji, a tym samym inne nakłady [elementy cenotwórcze] będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jakie w danej sytuacji są niezbędne dla wykonania konkretnego zamówienia.

Istotne jest, że w analizowanej sprawie, przedmiot zamówienia ma charakter usługowy, koncepcyjny. Jak wynika z części SIWZ opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania - specyfikacji technicznej *Analiza programu inwestycyjnego w zlewni Wisłoki*, wykonanie przedmiotu zamówienia to sporządzenie złożonej analizy w zakresie działań mających na celu ograniczenie zagrożenia powodziowego, składającej się z różnych opracowań, Raportu Końcowego. Obejmuje ona m.in. ocenę stanu istniejącego zabezpieczenia przeciwpowodziowego w zlewni, wskazującą obszary zagrożeń dla zabudowy i infrastruktury, w których należy podjąć określone działania w zakresie ochrony przeciwpowodziowej; opracowanie wariantowych analiz hydraulicznych działań technicznych z zakresu ochrony przeciwpowodziowej, analiz przestrzennych, arkuszy map itp. Szereg czynności wykonawczych to analizy z wykorzystaniem już istniejących opracowań oraz

danych zapisanych w odpowiednich formatach [str. 10-18 *Analizy programu inwestycyjnego w zlewni Wisłoki*].

W sprawie mamy zatem do czynienia z przedmiotem zamówienia o charakterze usługowym, w którym przeważającą część kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowi koszt pracy ludzkiej. Realizacja przedmiotu zamówienia nie wymaga więc ponoszenia stałych kosztów, dla wszystkich wykonawców posiadających zbliżoną wysokość, związanych przykładowo z nabyciem środków produkcji, materiałów czy zakupem licencji. Koszt pracy człowieka zależy w relatywnie dużym stopniu od wykonawcy, przykładowo od rodzaju relacji łączących wykonawcę z pracownikami, usługodawcami, łatwiej też tutaj o większą swobodę w ustaleniu zróżnicowanych stawek wynagrodzenia.

Złożone przez Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, poza obszerną częścią, która ma ograniczone zastosowanie dla wytłumaczenia wysokości ceny [jak przykładowo odwoływanie się do własnego doświadczenia, czy cen zastosowanych w innych postępowaniach], zawierają elementy wystarczające dla ustalenia kalkulacji na użytek przedmiotowego postępowania, stosownie do jego przedmiotu. Jak wskazano, realizacja przedmiotu zamówienia wyraża się w zasadniczej mierze w konieczności poniesienia wydatków osobowych, na odpowiednich ekspertów, którzy dokonają wymaganych opracowań i analiz. Tak też, wyjaśnienia Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz dnia 29 października 2013 r., poczynając od str. 3 - 4, wskazują na najistotniejsze czynniki cenotwórcze, jakim jest w przypadku tego zamówienia koszt pracy ludzkiej. Wskazano tam, w podziale na etapy realizacji zamówienia ilości roboczogodzin [dla etapu I – 3 350 roboczogodzin, dla etapu II – 8 300 roboczogodzin, dla etapu III – 1 820 roboczogodzin] a także wysokości stawek roboczogodzin członków zespołu projektowego od 60 do 250 zł za godzinę. Założone ilości roboczogodzin [których to ilości Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował w odwołaniu, by były one zaniżone i niewystarczające do realizacji zamówienia] a także zróżnicowane – stosowanie do zajmowanego stanowiska - stawki za godzinę nie wskazują także, by można było mówić w tym wypadku o podaniu ceny nierealnej, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. W tak opisanych kosztach mogą mieścić się także koszty pomocnicze, jak koszty tłumaczeń i delegacji czy pomiarów geodezyjnych. Niezmiennie, te koszty są kosztami ludzkimi, które wyrażają się w cenie roboczogodziny.

Nie jest także argumentem przemawiającym za takim wnioskiem, wskazywana przez Odwołującego okoliczność, że Przystępujący nie ustosunkował się do żądania

Zamawiającego, to jest przekazania kalkulacji poziomu ceny jednostkowej odniesionej do długości rzeki objętej opracowaniem [wskaźnika ceny 3 287,00 zł za 1 km długości rzeki, który jest wynikiem podzielenia zaoferowanej ceny przez długość rzeki będącej analizy]. W tej mierze Zamawiający bowiem nie zadał pytania o konkretny element kalkulacji, czynnik wpływający na wysokość ceny, który wzbudził jego wątpliwość, ale powyższe pytanie odnosi się do ceny jako całości, odnoszonej do kilometra rzeki. Jak wskazano wyżej, cena za wykonanie zamówienia jest wynikiem kalkulacji kosztów niezbędnych do poniesienia w celu realizacji zamówienia, a nie sztucznego algorytmu, w tym wypadku odniesienia ceny do kilometra rzeki. Stąd jakiegokolwiek wyjaśnienie w tej mierze, wskazujące na relację ceny za wykonanie zamówienia do długości rzeki, nie mogło też odnosić się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, skoro te obejmują założone do poniesienia koszty i nakłady. Bez znaczenia pozostaje zatem, że wykonawca Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz podjął w tej mierze polemikę z zapytaniem Zamawiającego, wskazując na niewłaściwe założenie, że cena za wykonanie opracowań jest w sposób wyraźny skorelowana z długością rzeki.

Reasumując, zarzut wskazujący na podstawę do odrzucenia oferty Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz jako zawierającej rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia, nie znalazł potwierdzenia.

[3] w zakresie zarzutów wskazujących na obowiązek wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów, stanowiących zobowiązania do udostępnienia wykonawcy BJÖRNSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz zasobów, stanowiących wiedzę i doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby:

Odwołujący wskazywał, że zobowiązania do udostępnienia zasobów nie zawierają wymaganych w rozdziale V pkt 1.2 SIWZ SIWZ elementów, o których mowa w rozporządzeniu z dnia 19 lutego 2013 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r., poz. 231]. Zgodnie z tymi postanowieniami, zobowiązanie do udostępnienia zasobów powinno zawierać w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z tym podmiotem, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Postawienie - w razie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego - wymagania

wykazania w dokumentach składanych przez wykonawcę elementów, o których traktuje § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, oznacza obowiązek konkretyzacji Zamawiającemu udostępnianych zasobów, zaprezentowania, w jaki sposób zostaną one wykorzystane w postępowaniu, w jakiej części podmiot trzeci [przykładowo występując jako podwykonawca] będzie realizował czynności na rzecz Zamawiającego. O ile zakres dostępnych wykonawcy zasobów mógłby wynikać z treści stawianego w danym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, którego wykazaniu wykonawca zamierza sprostać posługując się zasobem należącym do podmiotu trzeciego, to na podstawie składanego w postępowaniu dokumentu powinno być wykazane, że wykonawca dysponuje tym zasobem – przy wiedzy i doświadczeniu – że, jakkolwiek wykonawca samodzielnie nie spełnia stawianego w postępowaniu warunku, nie jest w stanie pochwalić się samodzielnie wykonanymi zadaniami, jakich wymaga w danym postępowaniu zamawiający, ale znajdzie się w takiej relacji z podmiotem trzecim, że na jej podstawie będzie można uznać, że wymagane wiedza i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia posiada. Przepis – a także za nim Zamawiający w analizowanym postępowaniu - wymaga podania szczegółowych elementów tej relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaka zwykle przybiera postać „zobowiązania podmiotu trzeciego”, to jest podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to zatem tyle, że ten dokument, jaki jest składany w postępowaniu musi konkretyzować relację między jego stronami – powinno z niego wynikać, w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale także o określenie jego zakresu - czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby w ramach zamówienia, okresu tego świadczenia a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą [co zdaje się nawiązywać do ukształtowania albo przyrzeczenia na tym już etapie umowy o określonym charakterze, wskazania charakteru tej umowy]. Wszystkie te elementy, jakie ustawodawca przewidział w przepisie § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* a Zamawiający w SIWZ, mają służyć

przekonaniu Zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny [względnie, przyjmująca określone ramy prawne zapowiedź tego stosunku, co mieści się w pojęciu „charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem”], pozwala na stanowczą i jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Te okoliczności winien wykazać wykonawca, za pomocą zobowiązania podmiotu trzeciego, lub innego dokumentu, obrazującego wzajemną relację między tymi podmiotami [przypomnienia wymaga, że zobowiązanie, o którym traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy jest jedynie przykładowym środkiem dla wykazania posiadania odpowiednich zasobów podmiotu trzeciego]. W świetle wskazanych przepisów a także wymagań postawionych w analizowanym postępowaniu, szczegółowość i zakres informacyjny składanego przez wykonawcę dokumentu musi pozwalać na stwierdzenie, jaki jest zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, jaki będzie sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, który będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, wreszcie, jaki jest zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Te elementy – określone przez przepisy i wymagane przez Zamawiającego wskazują, że składany w postępowaniu dokument nie może mieć postaci ogólnej deklaracji, ale – jakkolwiek nie ma obowiązku, by miał już postać umowy łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim – by zawierał co najmniej informacje i zobowiązania odnoszące się do zakresu i okresu udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia, a także określał stosunek, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Powyższe skłania do przyjęcia, że zakres wymaganych elementów składanego dokumentu powinien być bliski umowie między wykonawcą a podmiotem trzecim – z całą bowiem pewnością dokument ten ma wyrażać stosunek o charakterze zobowiązaniowym podmiotu udostępniającego zasób a wykonawcą, który powołuje się w postępowaniu o zamówienie publiczne na taką relację. Niezależnie zatem od jego formy, dla uznania za udowodnione dysponowania przez wykonawcę danym zasobem należącym do podmiotu trzeciego, konieczne jest przedstawienie Zamawiającemu dokumentu opisującego taką relację, zawierającego wymagane przez przepis oraz SIWZ elementy.

„Zobowiązanie”, o którym w sposób przykładowy traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy, odnosi się do relacji dwustronnej, między wykonawcą a podmiotem trzecim; ma z niego wynikać, że podmiot udostępniający znajduje się w takiej relacji prawnej, na podstawie której wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne może posługiwać się jego

zasobami jak własnymi.

Lektura oferty Przystępującego prowadzi do następujących wniosków:

- Przystępujący nie korzysta z potencjału osób trzecich w celu wykazania posiadania osób o wymaganych w postępowaniu kwalifikacjach i doświadczeniu: złożone „zobowiązania” dotyczące osób są w istocie oświadczeniami o współpracy w przedmiotowym projekcie [„zobowiązania” ze str. 19, 21, 23, 24, 25] albo oświadczeniami o współpracy jako podwykonawca ujęty w formularzu ofertowym [oświadczenia ze stron 18, 20, 22];
- Przystępujący w postępowaniu korzysta z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Trzy ostatnie zadania ujęte w wykazie usług [str. 76-79 oferty] stanowią zadania mające służyć wykazaniu posiadania wymaganego doświadczenia, którymi wykonawca Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz dysponuje na podstawie udostępnienia doświadczenia przez podmiot [podmioty] trzecie [oświadczenie Przystępującego na rozprawie w dniu 13 grudnia 2013 r.];
- zobowiązanie GEO Ingenieurservice Süd GmbH & Co. KG ze str. 15 oferty, ma za przedmiot jedynie oddanie do dyspozycji zasobów stanowiących „referencje”, nie jest zatem wystarczające w żaden sposób do oceny, że wykonawca uzyskał na jego podstawie wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Także przystępujący podał na rozprawie, że to zobowiązanie nie ma żadnego znaczenia, zostało złożone bez potrzeby;
- jedynym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, odnoszącym się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia jest zobowiązanie ze str. 16 oferty, którego tłumaczenie widnieje na str. 17 oferty. Wyniki rozprawy ujawniły, że istnieje rozbieżność w określeniu nazwy podmiotu udostępniającego zasobu w treści zobowiązania w wersji niemieckiej [str. 16] oraz jego tłumaczeniu [str. 17 oferty]. Jak podawał Przystępujący, w niemieckiej wersji zobowiązania widnieje prawidłowe oznaczenie podmiotu udostępniającego, to jest Geo Ingenieurservice Süd GmbH KG, i w takiej też roli – według Przystępującego – występuje wskazana w nim jako reprezentant tego podmiotu osoba.

Biorąc powyższe pod uwagę, podkreślenia wymaga, że istotnie, złożone zobowiązanie wykazuje niedoskonałości, które wymagają usunięcia. Dotyczy to:

- prawidłowego oznaczenia podmiotu udostępniającego zasobu, które pozwoli na przesądzenie, który z dwóch podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej udzielił

Przystępującemu swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia [GEO Ingenieurservice Süd GmbH & Co. KG czy też GEO Ingenieurservice Polska sp. z o.o.];

- zamieszczenia w zobowiązaniu do udostępnienia zasobu jakim jest wiedza i doświadczenie, tych elementów, których wymaganie postawił – za *Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* – Zamawiający w tym postępowaniu. Zobowiązanie zatem powinno zatem dawać na podstawie jego treści możliwość zidentyfikowania zasobu, jaki jest udostępniany – wskazywać, że chodzi o wiedzę i doświadczenie, których miarą są wykonane wcześniej określone przedsięwzięcia [powinno być zatem nawiązanie do tych zadań, które potwierdzają odpowiednie referencje]; opisywać, w jaki sposób ta wiedza i doświadczenie zostaną przetransferowane na grunt tego zamówienia, przykładowo w określonej, korespondującej z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu formie uczestnictwa. W spornym zobowiązaniu mówi się jedynie o zobowiązaniu się „do prac w zakresie prac geodezyjnych przy projekcie” i oddaniu „do dyspozycji na czas wykonania zamówienia w ramach realizacji projektu na zlecenie Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Krakowie [...]”. Brak jest w tym zobowiązaniu informacji pozwalających powiązać sygnalizowaną formę uczestnictwa z przekazanymi przez podmiot, który wykonał określone zadania, wiedzą i doświadczeniem, poprzez wskazanie jakie zadania tę wiedzę i doświadczenie wyrażają [samo ustalenie, które z zadań w wykazie usług są udostępnione Przystępującemu, stwarzało problemy], co nawiązywałoby do wymaganych informacji dotyczących zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; określenia formy uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia [sposobu wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, który będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem]. Wskazanie, że podmiot udostępniający „zobowiązuje się do pracy w zakresie prac geodezyjnych” odnosi się do sposobu wykorzystania zasobów, ale nie pozwala jeszcze na ustalenie, jaki jest charakter stosunku, który będzie łączył podmioty [podwykonawstwo, zlecenie konkretnych, wskazanych w zobowiązaniu prac]. Tego rodzaju elementy winny znaleźć się w spornym zobowiązaniu, co determinowało uwzględnienie w tej części odwołania i nakazanie Zamawiającemu wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów w postaci poprawnych – opatrzonych wskazanymi elementami zobowiązań do udostępnienia zasobów, stanowiących wiedzę i doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby.

IV. ROZSTRZYGNIĘCIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy. Ponieważ zarzucane naruszenia przepisów znalazły potwierdzenie, orzeczono zgodnie z odpowiadającymi im żądaniami, nakazując unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym – wobec faktu, że w tej części stanowiska wszystkich uczestników nie były sporne – wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH w Koblenz do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał prawem przewidziane zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, a także wystąpienie do wykonawcy BJÖRNSSEN Beratende Ingenieure GmbH z siedzibą w Koblenz, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie dokumentów złożonych na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko *Głównego eksperta w zakresie geodezji*.

Zamawiający w ramach ponownego badania i oceny ofert powinien także wyjaśnić, czy zaświadczenie z VGB zostało przez wykonawcę złożone po to, by potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, oraz poddać je ocenie – stosownie do ustalenia, czy jest ono wymagane.

Ponieważ potwierdziły się – wbrew stanowisku prezentowanemu przez Zamawiającego – zarzuty dotyczące zobowiązań do udostępnienia zasobów, stanowiących wiedzę i doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby, także te dokumenty podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Skład orzekający: