**Sygn. akt: KIO 247/15**

**WYROK**
**z dnia 24 lutego 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**
**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2015 r. przez **wykonawcę TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** przy udziale:

A. wykonawcy **Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp.j., ul. Wodna 47, 90-046 Łódź,**
B. wykonawcy **Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp.j. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanych wiedzy i doświadczenia oraz wezwanie wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zaś w pozostałej części zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione,**
2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** i:

---

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz **wykonawcy TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: ……..…..…**



---

**Sygn. akt: KIO 247/15**

**Uzasadnienie**

Generalna Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzanie trzema kontraktami pn.: „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków - Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - Zadanie I Odcinek od km 295+850 (od Węzła „Stryków I" bez Węzła) do km 310+000"; „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków - Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 -

Zadanie II Odcinek od km 310+000 do km 320+010"; „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków - Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - Zadanie III Odcinek od km 320+010 do km 335+937,65 (bez odcinka od km 322+150 do km 324+950)". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawą Pzp". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 sierpnia 2014 r. pod nr 2014/S 164-293617.

W dniu 9 lutego 2015 r. wykonawca TPF Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp.j. (dalej: „wykonawca BUI") z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy BUI z postępowania pomimo niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. (dalej: „wykonawca EPI") z postępowania pomimo niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BUI pomimo, że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BUI pomimo, że zawiera cenę rażąco niską,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy EPI pomimo, że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,



- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy EPI pomimo, że zawiera cenę rażąco niską, ewentualnie
- zaniechaniu wezwania wykonawców BUI i EPI do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 2 pkt 3, art. 22 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

I. W zakresie oferty wykonawcy BUI:

A. Udostępnienie zasobów:

1. Odwołujący zauważył, iż do oferty wykonawcy BUI dołączono zobowiązania podmiotów trzecich do udostępniania wykonawcy zasobów polegających na wiedzy i doświadczeniu oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia złożone przez Jacobs Polska Sp. z o.o. oraz Halcrow Group Sp. z o.o. Jak wskazał odwołujący, zakres udziału podmiotu trzeciego w ofercie wykonawcy BUI ogranicza się do doradztwa w zakresie FIDIC, czyli czynności, które nie są związane z przedstawionym w celu potwierdzenia spełniania warunku doświadczeniem. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem w doradztwie w zakresie FIDIC, lecz usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadań polegających na projektowaniu i budowie lub projektowaniu i przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP, niezależnie od tego czy umowa została zawarta z wykorzystaniem warunków kontraktowych FIDIC. Zdaniem odwołującego, wykonawca BUI nie wykazał związku pomiędzy udostępnianymi zasobami a sposobem wykorzystania tych zasobów przy realizacji przedmiotu zamówienia, nie wykazał zatem również realności udostępniania tych zasobów. Odwołujący zwrócił uwagę, iż zakres czynności składający się na nadzór nad realizacją zadań polegających na projektowaniu i budowie dróg lub ulic jest znaczenie szerszy niż czynności związane z doradztwem w zakresie FIDIC.

2. Odwołujący wskazał, że jedno ze zobowiązań zostało wydane „W imieniu Halcrow Group Sp. z o.o.", podczas gdy spółka o takiej nazwie nie została wpisana do rejestru przedsiębiorców. Zakładając, że podmiot ten popełnił pomyłkę pisarską i faktycznie chodziło o widniejący w rejestrze podmiot Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce odwołujący stwierdził, że nawet jako taki podmiot ten nie mógł udostępnić wiedzy i doświadczenia, którego sam nie nabył. Doświadczenie zostało bowiem nabyte przez Halcrow Group Limited i tylko ta spółka może je udostępnić. Odwołujący wywiódł, iż oddział nie jest podmiotem odrębnym od przedsiębiorcy zagranicznego i nie posiada osobowości prawnej, zdolności prawnej, zdolności sądowej czy procesowej, nie nabywa też w swoim imieniu

doświadczenia, a co za tym idzie, nie może go udostępnić, szczególnie w sytuacji, gdy doświadczenie będące przedmiotem udostępniania zostało nabyte przez Halcrow Group Limited. Tymczasem, jak wskazał odwołujący, z treści zobowiązania wynika, że Halcrow Group Sp. z o.o. „Zobowiązuje sie do oddania swoich zasobów: Wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego", co wskazuje, że oświadczenie dotyczy doświadczenia nabytego przez oddział i przez ten sam oddział zostało w imieniu własnym udostępnione. W ocenie odwołującego, nawet gdyby uznać, że Halcrow Group Sp. z o.o. oddział w Polsce złożył oświadczenie w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego, czyli Halcrow Group Limited, czego zdaniem odwołującego, nie można wywieść na podstawie złożonego oświadczenia, uznać należy, że osoba podpisująca to oświadczenie nie miała prawa do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w tym zakresie. Odwołujący przywołał postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2013 r., sygn. akt: I CZ 89/13. Ponadto, odwołujący wskazał, że z mocy przepisów prawa wynikają odrębne zasady reprezentacji podmiotu zagranicznego działającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w formie organizacyjnej swojego oddziału. Oddział taki, zgodnie z wpisem w KRS w dziale II, rubryka 1, winien wskazać organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy. Jednocześnie w rubryce 4 działu II KRS dla takiego oddziału istnieje obowiązek ujawnienia osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale. Ten szczególny obowiązek wynika z art. 87 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.), zgodnie z którym przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Odwołujący dodał, że jest to swoistego rodzaju szczególna reprezentacja przedsiębiorcy zagranicznego, w zakresie prowadzonej przez niego działalności w oddziale w Polsce. Osoba upoważniona w oddziale reprezentuje zatem przedsiębiorcę zagranicznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ustanowienie takiej osoby opiera się na oświadczeniu woli przedsiębiorcy zagranicznego. Upoważnienie to obejmuje dokonywanie wszystkich czynności w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego związanych z działalnością oddziału na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Należy zatem przyjąć, że osoba upoważniona do reprezentowania oddziału to osoba upoważniona do kierowania całokształtem działalności oddziału, jeżeli przedsiębiorca zagraniczny nie postanowi inaczej. Jak podkreślił odwołujący, oddział przedsiębiorcy zagranicznego, utworzony zgodnie z wymaganiami art. 85 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, mimo że jest wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią działalności gospodarczej wykonywanej przez przedsiębiorcę poza jego główną siedzibą (przez wyodrębnienie składników majątkowych, personelu pracowniczego, kierownictwa, księgowości itp.) nie ma odrębnej od przedsiębiorcy podmiotowości w sferze prawa cywilnego. wiedzy i nabytych przez Udostępnienie doświadczenia bezpośrednio



przedsiębiorcę zagranicznego nie mieści się w zakresie czynności podejmowanych w ramach działalności gospodarczej oddziału, lecz dotyczy wyłącznie działalności (sfery faktycznej i prawnej) przedsiębiorcy zagranicznego i jako takie może być skutecznie udostępnione tylko przez tego przedsiębiorcę. Przeciwny pogląd musiałby, jak zaznaczył odwołujący, nieść za sobą wniosek, że przedstawiciel przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale to pełnomocnik w nieograniczonym zakresem umocowania, czemu sprzeciwia się chociażby Sąd Najwyższy.

B. Rażąco niska cena oraz niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

W ocenie odwołującego oferta wykonawcy BUI zawiera cenę rażąco niską. Odwołujący stwierdził, że już sama analiza szacunkowej wartości zamówienia wskazuje, że oferta wykonawcy BUI to zaledwie 67% w stosunku do wartości ustalonej przez zamawiającego. Odwołujący wskazał, że pomimo tak dużej rozbieżności zamawiający nie powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę BUI. Odwołujący zwrócił uwagę, iż pismem z dnia 17 września 2014 r. zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia precyzując, jakie elementy powinny być wycenione w poszczególnych

pozycjach Formularza cenowego w zakresie cen jednostkowych.

Wycena poszczególnych pozycji Formularza cenowego w ofercie wykonawcy BUI wskazuje, w opinii odwołującego, że wszystkie koszty, których uwzględnienia wymagał zamawiający w pozycjach 2.2.1., 2.2.2., 2.2.3., 2.2.8, 2.2.10. - 2.2.15., 2.2.17 i 2.2.18 dla każdego z zadań zostały wycenione na 120 zł, a pozycje 2.2.6 i 2.2.7 na 150 zł. Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazaną przez wykonawcę BUI cenę. Wobec powyższego, odwołujący wywiódł, iż wykonawca BUI nie uwzględnił w ww. pozycjach wszystkich kosztów, bądź też uwzględnił je, lecz wycenił poniżej faktycznych kosztów, jakie poniesie w ramach każdej pozycji.

Jak wskazał odwołujący, w celu należytego wykonania zamówienia wymagane jest uwzględnianie przynajmniej następujących kosztów w minimalnych wskazanych poniżej kwotach:



---

| lp | Koszty osoby | Minimalne koszty w przypadku działalności gospodarczej | Przeciętne koszty w przypadku umów o pracę | Minimalne koszty w przypadku działalności gospodarczej | Przeciętne koszty w przypadku umów o pracę |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | Wynagrodzenie wraz z narzutami | 2 112,95 | 5 287,00 | 2 112,95 | 5 287,00 |
| 2 | Szkolenie personelu nadzoru | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 3 | Zakwaterowania i delegacji | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 4 | Wyposażenie BHP | 45,45 | 45,45 | 45,45 | 45,45 |
| 5 | Transportu i łączności | 766,52 | 766,52 | 766,52 | 766,52 |
| 6 | Urlopów i zwolnień związanych z zatrudnieniem i pracą tych osób | 218,00 | 545,48 | 176,08 | 440,58 |
| 7 | Wszelkich kosztów | 157,15 | 332,22 | 1 288,71 | 1 891,78 |
| 8 | Inne koszty wynikające z Tomu II i III SIWZ | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| | RAZEM | 3 300,07 | 6 976,68 | 4 389,71 | 8 431,34 |
| | **Dniówka** | **157,15** | **332,22** | **175,59** | **337,25** |

Odwołujący zaznaczył, że przy realizacji kontraktów takich jak świadczenie usług nadzoru najważniejszym składnikiem cenotwórczym jest koszt pracy personelu, dlatego tak istotne jest, aby wycena ta była dokonana rzetelnie, gdyż rzutuje ona na możliwość prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał odwołujący, zamawiający nie zawsze posiada specjalistyczne informacje w zakresie rentowności konkretnych przedsięwzięć. Jednakże przepisy ustawy Pzp nie zwalniają zamawiającego w takiej sytuacji od oceny czy cena konkretnej oferty w danym postępowaniu jest ceną rażąco niską - ustawodawca wyposażył zamawiającego w instrumenty prawne pozwalające na ustalanie czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską - takim instrumentem jest możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust 1 ustawy Pzp).

C. Nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania

Odwołujący zauważył, że w załączonym do oferty wykazie osób (Formularz 3.3. Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia) jako osobę, która pełnić będzie funkcję Inżyniera Rezydenta w ramach zadania nr III wykonawca BUI wskazał pana G. H. . W celu potwierdzenia, że osoba ta posiada wymagane przez zamawiającego



---

doświadczenie wskazano następujące doświadczenie:

- „07.2010-09.2013 Stanowisko Inżyniera Kontraktu: „Budowa obwodnicy Miasta Pabianic w rezerwowym korytarzu drogi krajowej nr 14 bis (łącznik) i S14 na odcinku Ksawerów Dobroń” Droga klasy S Kontrakt realizowany wg FIDIC. Wartość robót 517,9 min PLN brutto. Wystawiono protokół odbioru.”.

Odwołujący podał, iż z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że stanowisko Inżyniera Kontraktu w ramach ww. inwestycji pełniła pani E. C. . Odwołujący

zwrócił uwagę, iż okoliczność tę potwierdził wykonawca BUI w piśmie z dnia 28 stycznia 2015 r.). W ocenie odwołującego, z uwagi na to, że warunki kontraktowe FIDIC, w oparciu o które prowadzona była inwestycja, nie przewidują możliwości pełnienia przez dwie osoby jednocześnie w ramach tego samego kontraktu funkcji Inżyniera Kontraktu, podane przez wykonawcę BUI informacje stanowią informację nieprawdziwą w rozumieniu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, która to informacja ma wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziła do błędnej oceny oferty wykonawcy BUI, a co za tym idzie, wyboru jej jako najkorzystniejszej.

W zakresie wykazanego przez wykonawcę BUI w celu potwierdzenia spełniania warunku pana A. C., co do którego w wykazie osób wskazano, że posiada doświadczenie przy projekcie „Wzmocnienie drogi krajowej nr 2" o wartości 397.009.000,98 PLN odwołujący zauważył, iż jak wynika z Ogłoszenia o zamówieniu, projekt ten składał się z 4 zadań: „Zarządzanie i nadzór nad realizacją robót w ramach następujących zadań:
- Wzmocnienie drogi krajowej nr 2 na odcinku od km 346+943 do km 352+522,5 i od km 359+972 do km 370+150: „A".
- Wzmocnienie drogi krajowej nr 2 na odcinku od km 336+249 do km 339+963 i od km 343+195 do km 346+945: „B".
- Przebudowa drogi krajowej nr 2 na odcinku od km 373+345 do km 396+036: „C".
- Wzmocnienie drogi krajowej nr 2 na odcinku od km 396+036 do km 398+187 i od km 399+050 do km 410+012: „D".".

Łączna wartość czterech zadań wyniosła 397.009.000,98 PLN a wartość zadania „B" (gdzie funkcję Inżyniera Kontraktu sprawował Pan C. wynosiła 52.576.863,92 PLN brutto.

Zdaniem odwołującego, podane przez wykonawcę BUI informacje stanowią informację nieprawdziwą w rozumieniu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, która to informacja ma wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziła do błędnej oceny oferty wykonawcy BUI, a co za tym idzie, wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.



D. Zmiana oferty

W opinii odwołującego, wykonawca BUI składając w dniu 28 stycznia 2015 r. oświadczenie, iż „zaistniała konieczność wymiany niektórych członków personelu, którzy z racji wcześniejszego rozstrzygnięcia innych postępowań o udzielanie zamówień publicznych i zawarcia stosowanych umów, pełnią już określone funkcje na tych zadaniach" wykonawca przyznał, że nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które zadeklarował w ofercie. Jak podkreślił odwołujący, składając ofertę wykonawca składa oświadczenie, że w dniu jej złożenia oraz w okresie związania ofertą dysponuje osobami w niej wskazanymi, które to osoby będą uczestniczyły w realizacji zamówienia. Potwierdzenie spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie ma na celu jedynie wskazania zamawiającemu, że wykonawca osobami takimi dysponuje, ale stanowi zarazem deklarację, że osoby te będą uczestniczyły w realizacji zamówienia. Składając ofertę, wykonawca jest nią związany przez okres czasu wskazany przez zamawiającego. Jeśli po upływie tego okresu wykonawca nie może już zagwarantować realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach wskazanych w ofercie, ustawodawca przewidział możliwość odmowy przedłużenia terminu związania ofertą. Co więcej, zamawiający po jednokrotnym wezwaniu do przedłużenia tego terminu nie może wezwać wykonawcy po raz kolejny, dlatego po upływie długiego terminu od momentu złożenia oferty wyłącznie od woli i możliwości wykonawcy zależy decyzja o dalszym przedłużeniu terminu związania ofertą, a co za tym idzie, deklaracji, że zrealizuje przedmiot zamówienia na wskazanych tak warunkach. Ponadto, zdaniem odwołującego, deklarując realizację przedmiotu zamówienia przez osoby wskazane w ofercie, wykonawca powinien w taki sposób zorganizować swoje przedsiębiorstwo, aby zobowiązanie to było realne przez cały okres związania ofertą. Jeśli zatem wykonawca dysponuje dwoma osobami posiadającymi określone doświadczenie, z których jedną wskazuje w ofercie, powinien zapewnić udział właśnie tej osoby w czasie realizacji zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy BUI, że osoby wskazane w ofercie zostały już skierowane do realizacji innego zamówienia, a w to miejsce wykonawca ten przedstawia inne osoby (spełniające wymagania zamawiającego) rodzi pytanie dlaczego wykonawca nie wskazał tych osób w ofercie albo nie skierował do realizacji innego zamówienia osób, którymi dysponował, ale nie wykazał ich w ofercie. Odwołujący argumentował, iż przyjęcie możliwości modyfikacji wykazu osób

w całym okresie związania ofertą przez wykonawcę (z jego inicjatywy) powoduje, że zamawiający zobowiązany byłby do wielokrotnej oceny oferty, nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jak zauważył odwołujący, ustawodawca nie przewidział możliwości zmiany oferty po jej złożeniu, dlatego dopuszczenie takiej możliwości oznacza (wbrew przepisom ustawy Pzp) obowiązek zamawiającego do wielokrotnej oceny oferty nawet po



wyborze jej jako najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego, zmianę oferty przez wykonawcę BUI należy ocenić jako przyznanie, że w okresie związania ofertą wykonawca ten, pomimo deklaracji w ofercie, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

II. W zakresie oferty wykonawcy EPI:

A. W zakresie wiedzy i doświadczenia

Odwołujący zauważył, że wykonawca EPI w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w całości powołał się na wiedzę i doświadczenie Egis Poland Sp. z o.o. Do oferty załączono zobowiązanie tego podmiotu, z którego wynika, że spółka zobowiązuje się oddać zasoby niezbędne do realizacji zamówienia do dyspozycji wykonawcy EPI, wskazując, że jednocześnie zobowiązuje się do „świadczenia na rzecz Spółki Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. poprzez świadczenie usług doradczych, szkoleniowych, poprzez udostępnienie dokumentów organizacyjnych opracowanych na poprzednio realizowanych podobnych inwestycjach (...)" i w tym zakresie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia, przy czym szczegółowe zasady udziału podmiotu udostępniającego w trakcie realizacji zamówienia zostaną uregulowane w umowie o współpracy. Jednocześnie, jak wskazał odwołujący, z informacji zawartej w Formularzu oferty wynika, że wykonawca EPI zrealizuje zamówienie samodzielnie bez udziału podwykonawców.

W opinii odwołującego, szczególny charakter zamówienia polegający na pełnieniu nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzania trzema kontraktami oraz warunek doświadczenia postawiony przez zamawiającego wskazują, że podmiot dający rękojmię należytego wykonania zamówienia to taki, który (poza odpowiednim personelem) musi mieć doświadczenie w realizacji zamówień podobnych. Wykonawca, który samodzielnie nie jest w stanie wykazać spełniania tego warunku i w całości polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, który to podmiot nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, a gwarantuje jedynie wsparcie w zakresie doradztwa i szkoleń oraz udostępniania archiwalnych dokumentów, nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca EPI nie wykazał, że realnie dysponuje zasobami wymaganymi w celu potwierdzenia spełniania warunku. Zakres w jakim wykonawca EPI dysponuje zasobami nie jest, w ocenie odwołującego, wystarczający dla uznania, że faktycznie może on korzystać z wierzy i doświadczenia - szkolenia, doradztwo i udostępnienie materiałów poglądowych nie jest wystarczające, żeby faktycznie można było



uznać, że doświadczenie zdobyte przez podmiot udostępniający zostało udostępnione (przekazane). Powyższe nabiera, w opinii odwołującego, szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy wykonawca nie może wykazać się żadnym doświadczeniem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zatem samodzielnie musi być uznany za niezdolnego do realizacji zamówienia.

B. W zakresie potencjału ekonomicznego

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca EPI, w celu potwierdzenia spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej, przedstawił informację z banku potwierdzającą, że spółka Egis Poland Sp. z o.o. posiada wymaganą przez zamawiającego zdolność kredytową oraz średni roczny przychód netto ze sprzedaży w ciągu ostatnich trzech lat obrotowych w kwocie minimalnej 5.500.000,00 PLN. Do oferty wykonawca EPI dołączył zobowiązanie Egis Poland Sp. z o.o. do oddania wyżej wymienionych zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia wykonawcy EPI na cały okres realizacji zamówienia. Jednocześnie, jak wskazał odwołujący, Egis Poland Sp. z o.o. w treści zobowiązania

oświadcza, że nie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia, a jedynie „zobowiązuje się do świadczenia na rzecz Spółki Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. poprzez świadczenie usług doradczych, szkoleniowych, poprzez udostępnienie dokumentów organizacyjnych opracowanych na poprzednio realizowanych podobnych inwestycjach, a także poprzez gotowość do wsparcia finansowego spółki Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. w formie ewentualnego udzielenia pożyczki i w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej.”.

Odwołujący zauważył, iż zgodnie z treścią art. 26 ust 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W ocenie odwołującego, przywołana powyżej treść zobowiązania świadczy o tym, że wykonawca EPI nie wykazał, że faktycznie (realnie) uzyskał dostęp do zasobów Egis Poland Sp. z o.o. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 47 ust. 2 dyrektywy klasycznej „wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów...”. Oznacza to, że możliwość powołania się na zasoby ekonomiczne oraz finansowe innego podmiotu została w dyrektywie uzależniona od



zaistnienia tzw. stosownych sytuacji i należy ją odnosić zawsze do konkretnego zamówienia. Z tych też powodów w każdym przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby ekonomiczne podmiotu trzeciego należy rozważyć, czy mamy do czynienia z tzw. stosowną sytuacją. Jak wskazał odwołujący, w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE należy przyjąć, że owa „stosowna sytuacja” zachodzi np. w przypadku istnienia powiązań kapitałowych podmiotów czy oceny zdolności spółki matki holdingu, gdy można uwzględnić również zasoby i zdolności jej spółek córek (wyrok TSUE w sprawie C-5/97 Ballast Nedam Groep NV v. państwo belgijskie). Wykonawca, powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego, musi wykazać zatem, że udostępniane zasoby będą służyły nie tylko do wykazania zamawiającemu, że wykonawca spełnia stawiane przez niego warunki, ale również, że w przypadku udzielenia zamówienia będą one wykorzystane bezpośrednio do realizacji zamówienia (tzn. będą miały realny charakter). Jednym z dowodów, którymi może się posłużyć oferent, jest „stosowne zobowiązanie innych podmiotów”, które w swej treści winno zawierać zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji określonych zasobów na czas realizacji zamówienia. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z dnia 27 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 460/14, KIO 463/14).

Odwołujący podkreślił, że w ofercie wykonawcy EPI, w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, wskazano wprost, że podmiot udostępniający nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, a jego wsparcie ograniczać się będzie do różnych form doradztwa oraz gotowości do wsparcia finansowego spółki Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. w formie ewentualnego udzielenia pożyczki i w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej. Zobowiązanie nie określa jednoznacznie, zdaniem odwołującego, że podmiot udostępniający daje gwarancję realnego dostępu do swoich zasobów. Zobowiązanie dotyczy tylko ewentualnej możliwości wsparcia, ale ocena czy taka ewentualność ma zaistnieć należeć będzie do podmiotu udostępniającego.

Odwołujący zwrócił uwagę na szczególnych charakter zasobów, jakie zostały udostępnione, w szczególności w zakresie sytuacji ekonomicznej. Zaznaczył, że sytuacja ekonomiczna to zespół wskaźników o charakterze ekonomicznym dotyczących np. wielkości obrotów, płynności finansowej, zysku itp. Wskaźniki te, jak zauważył odwołujący, są nierozerwalnie związane z podmiotem, którego dotyczą, użyczenie tych wskaźników możliwe jest jedynie w przypadku bardzo ścisłej współpracy podmiotu udostępniającego z wykonawcą.

Odwołujący skonstatował, że w związku z tym, że wykonawca EPI nie wykazał, że realnie dysponuje zasobami podmiotu trzeciego w zakresie sytuacji ekonomicznej, nie potwierdził on spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, wobec

tego, że wykonawca ten polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności finansowej i zdolności ekonomicznej jednego podmiotu, fakt, że podmiot ten nie jest podwykonawcą powoduje, że przekazanie zasobów nie jest realne, a ich udostępnienie miało na celu jedynie umożliwienie wykonawcy EPI złożenia oferty.

C. Brak dokumentu potwierdzającego umocowanie

Odwołujący zauważył, że wykonawca EPI nie załączył do oferty dokumentów potwierdzających umocowanie osób podpisujących zobowiązanie do udostępniania oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w imieniu spółki Egis Poland Sp. z o.o.

D. W zakresie uzupełniania dokumentów

Odwołujący przypomniał, że pismem z dnia 27 listopada 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę EPI do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Wykonawca ten w wyniku wezwania przedstawił nowy wykaz wykonanych usług oraz nowy wykaz osób. W wykazie tym wskazano prace, które zostały wykonane przez Egis Poland Sp. z o.o. Do wykazu tego nie załączono zobowiązania do udostępniania tych zasobów.

Jak wskazał odwołujący, oświadczenie dotyczące oddania zasobów przez Egis Poland Sp. z o.o. przekazane wraz z ofertą wykonawcy EPI wyraźnie wskazuje, że chodzi o zasoby w postaci „wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, tj. usług wskazanych w Formularzu 3.2. - Wiedza i doświadczenie oraz potencjału kadrowego w zakresie osób wskazanych w poz. 14 i 17 Formularza 3.3.”. Takie sformułowania wskazują, zdaniem odwołującego, że podmiot trzeci udostępnił konkretne zadania i osoby i w tym zakresie jego oświadczenie jest skuteczne. Nie obejmuje ono jednak innych nie wskazanych tam pozycji, nawet jeśli wykonawca faktycznie dysponował szerszym zakresem zasobów niż wskazano to w ofercie. W związku z powyższym, w opinii odwołującego, wykonawca EPI nie wykazał, że dysponuje zasobami wskazanymi w wyniku uzupełniania dokumentów.

Odwołujący zauważył, że na tym etapie postępowania zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełniania zobowiązania do udostępniania zasobów, gdyż oznaczałoby to *de facto* wezwanie go po raz drugi do wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

E. Rażąco niska cena oraz niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

W ocenie odwołującego, oferta wykonawcy EPI zawiera cenę rażąco niską. Odwołujący zauważył, że podobnie jak w przypadku oferty wykonawcy BUI, analiza szacunkowej wartości zamówienia wskazuje, że oferta wykonawcy EPI to zaledwie 72%



w stosunku do wartości ustalonej przez zamawiającego, a mimo to zamawiający nie powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę EPI. Jak wskazał odwołujący, wycena poszczególnych pozycji Formularza cenowego w ofercie wykonawcy EPI wskazuje, że wszystkie koszty, które należało uwzględnić w pozycjach 2.2.1., 2.2.2., 2.2.3., dla każdego z zadań zostały wycenione na 150 PLN.

Odwołujący wyraził przekonanie, że z uwagi na zakres kosztów, jakie należało uwzględnić nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę. W związku z tym wykonawca EPI nie uwzględnił w ww. pozycjach wszystkich kosztów, bądź też uwzględnił je lecz wycenił poniżej faktycznych kosztów, jakie poniesie w ramach każdej pozycji. Odwołujący wskazał, że za aktualną należy uznać argumentację przedstawioną wobec wykonawcy BUI w analogicznym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenia wykonawców BUI i EPI z postępowania,
- odrzucenia ofert wykonawców BUI i EPI z postępowania.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia,

a także stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie



ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy.

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się stosowną wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

a) 2 zadań polegających na budowie lub projektowaniu i przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 300 mln PLN brutto każde,
b) 1 lub 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie łącznie minimum 6 obiektów mostowych każdy o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 23m lub długości obiektu co najmniej 81 m (Tom I Rozdział 1, pkt 7.2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Po analizie zobowiązań złożonych przez podmioty trzecie, tj. Jacobs Polska Sp. z o.o. i Halcrow Group Limited, na których wiedzę i doświadczenie powołuje się wykonawca BUI przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, że bez wątpienia ich treść wskazuje na planowany udział ww. podmiotów trzecich w realizacji zamówienia poporzez doradztwo w zakresie FIDIC – w treści zobowiązań złożonych przez obydwa podmioty jako sposób wykorzystania udostępnienia zasobów wskazano „doradztwo w zakresie FIDIC”, zaś jako zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia “doradztwo w zakresie usług dotyczących doradztwa w zakresie FIDIC oraz udostępnienia zasobów w postaci potencjału kadrowego zdolnego do wykonania zamówienia”. Przy powoływaniu się na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego wykonawca, zgodnie z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Z 2013 r., poz. 231), zobowiązny jest wykazać realny sposób wykorzystania zasobów, których posiadania wymagał zamawiający w warunku, zatem sposób korzystania z zasobów oraz zakres udziału podmiotów trzecich w realizacji przedmiotu zamówienia musi być powiązany zarówno z zakresem wymaganego przez zamawiającego w postawionym warunku doświadczenia, ale również z wykazywanym na potwierdzenie spełniania warunku doświadczeniem danego podmiotu. Powyższego nie można stwierdzić na podstawie złożonych przez wykonawcę BUI



dokumentów, w tym Formularza 3.2., jak też zobowiązań podmiotów trzecich. Zakreślony zakres udziału podmiotów trzecich pozostaje bez związku z wykazywanym doświadczeniem. Wobec powyższego, aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy BUI na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. Dokonanie tej czynności jest możliwe, bowiem wykonawca BUI był wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, jednak w zawężonym zakresie (pismo zamawiającego z dnia 27 listopada 2014 r.).

Izba stwierdziła, iż Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce był uprawniony do złożenia oświadczenia w zakresie udostępnienia wykonawcy BUI wiedzy i doświadczenia Halcrow Group Limited. Izba uznała, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego, jako nie posiadający osobowości prawnej i stanowiący część działalności gospodarczej przedsiębiorcy zagranicznego na terenie Polski, jest uprawniony do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w przedmiotowym zakresie. Zgodnie z art. 85 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcy korzystają na zasadach wzajemności z pełnej swobody działalności gospodarczej m.in. poprzez prowadzenie i tworzenie swoich oddziałów w Polsce. Na podstawie art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca zagraniczny tworząc oddział jest zobowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Istotą oddziału przedsiębiorcy zagranicznego jest to, że oddział działa w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Celem tworzenia oddziałów i ustanawiania osób upoważnionych do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale jest umożliwienie podejmowania czynności przez oddział bez konieczności uzyskiwania dodatkowych pełnomocnictw. Co za tym idzie, osoba ujawniona w KRS, jako upoważniona do reprezentacji w oddziale, może na podstawie swojego upoważnienia podejmować wszelkie czynności związane z działalnością przedsiębiorcy zagranicznego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Dodatkowym potwierdzeniem powyższego jest złożone przez wykonawcę BUI na rozprawie pełnomocnictwo z dnia 28 stycznia 2014 r. udzielone przez osoby upoważnione w imieniu Halcrow Group Limited panu K. C. . Wobec powyższego, twierdzenia odwołującego o udostępnieniu przez oddział własnego doświadczenia, którego oddział nie posiada, jak też o braku uprawnienia pana K. C. do złożenia oświadczenia o udostępnieniu zasobów w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego w nie znalazły potwierdzenia.

Za niezasługujący na uwzględnienie Izba uznała również zarzut dotyczący złożenia przez wykonawcę BUI nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych (m.in. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt IV Ca 683/12,



wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12) ugruntowany jest pogląd, iż art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie wówczas, gdy złożenie nieprawdziwych informacji jest wynikiem celowego, zamierzonego zachowania wykonawcy, działającego z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia. Z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BUI w piśmie z dnia 19 lutego 2015 r. wynika, iż złożenie oświadczeń w skarżonym zakresie było wynikiem uznania, iż uprawnione jest przyjęcie, że wspólnicy spółki osobowej, jaką jest spółka jawna, odpowiadający za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem, mogą przypisać sobie funkcje pełnione przez spółkę. Powyższe wynika, zdaniem wykonawcy BUI, z treści zawartych umów, z których wyciągi wykonawca ten złożył na rozprawie. Jednocześnie, wykonawca BUI nie zaprzeczył, iż na stanowisko Inżyniera Kontraktu na zadaniu „Budowa obwodnicy miasta Pabianic w rezerwowym korytarzu drogi krajowej nr 14 bis (łącznik) i S14 na odcinku Ksawerów – Dobroń” wskazana została pani E. C., zaś na stanowisko Inżyniera Kontraktu na zadaniu „Wzmocnienie drogi krajowej nr 2” pan J. W. . Wobec braku sporu co do osób wskazanych dla ww. zadań na stanowiska Inżyniera Kontraktu, bez znaczenia pozostają złożone przez odwołującego na rozprawie informacje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi (pisma z dnia 11 lutego 2015 r. oraz z dnia 19 lutego 2015 r.). W ocenie Izby, nieprawidłowym jest przyjęcie, iż wspólnicy spółki jawnej z racji pełnienia funkcji przez spółkę nabywają prawo do osobistego wykazywania się określonym doświadczeniem, podczas gdy na określone stanowiska wskazane zostały inne osoby. Wspólnicy spółki jawnej z racji zawarcia przez spółkę umów na wykonanie poszczególnych zadań nie nabywają osobistego doświadczenia w realizacji obowiązków Inżyniera Kontraktu. Jednak uchybienie to powinno skutkować stwierdzeniem, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku, brak jest bowiem możliwości jednoznacznego stwierdzenia, iż działanie wykonawcy BUI było wynikiem celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd, nie zaś pomyłki czy mylnego przekonania o swoich racjach.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut dotyczący wymiany przez wykonawcę BUI z własnej inicjatywy osób wchodzących w skład potencjału kadrowego, do posiadania którego zobowiązał wykonawcę zamawiający. Izba stwierdziła, iż pismem z dnia 28 stycznia 2015 r. wykonawca BUI poinformował zamawiającego, iż w związku z przedłużającą się procedurą przetargową zaistniała konieczność wymiany niektórych członków personelu, którzy z racji wcześniejszego rozstrzygnięcia innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych i zawarcia stosownych umów pełnią już określone funkcje na tych zadaniach. Wobec powyższego, wykonawca BUI przekazał zamawiającemu zmodyfikowany Formularz



3.3. i Formularz 3.4., oraz oświadczenie osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydenta (dla zadania III) stanowiące zobowiązanie do zawarcia umowy cywilno-prawnej z wykonawcą. Izba zgodziła się z odwołującym, iż ustawa Pzp nie przewiduje takiego działania wykonawcy, jednak mając na uwadze dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na podstawie której ustawodawca przewidział możliwość m.in. zmiany osób wskazanych w ramach potencjału kadrowego na wezwanie zamawiającego Izba uznała, że wykluczenie wykonawcy z tego powodu byłoby skutkiem zbyt daleko idącym. Izba stwierdziła, iż złożone przez wykonawcę BUI oświadczenie należy uznać za uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut dotyczący nie wykazania przez wykonawcę EPI realności dysponowania udostępnionymi przez Egis Poland Sp. z o.o. zasobami wiedzy i doświadczenia wymaganymi w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W zobowiązaniu Egis Poland Sp. z o.o. zobowiązała się do oddania do dyspozycji wykonawcy EPI zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego oraz potencjału ekonomicznego i finansowego zobowiązując się do uczestnictwa w realizacji przedmiotu zamówienia przez świadczenie usług doradczych, szkoleniowych, przez udostępnienie dokumentów organizacyjnych opracowanych na poprzednio realizowanych podobnych inwestycjach, a także przez gotowość do wsparcia finansowego w formie ewentualnego udzielenia pożyczki i w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej. Oceniając zasadność twierdzeń odwołującego Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuścił możliwość polegania przez wykonawcę m.in. na zasobach wiedzy i doświadczenia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp koresponduje regulacja zawarta w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z innymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać w szczególności dokumentów dotyczących w szczególności zakresu



dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż powyższe uregulowania wskazują na zasadność oceny przez zamawiajacego realności udostępniania potencjału podmiotu trzeciego. Niezbędne jest zatem wykazanie przez wykonawcę rzeczywistej możliwości wykorzystania potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, brak jest we wskazanych powyżej przepisach obowiązku udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa. Nie ulega wątplwiości, iż podwykonawstwo jest

najpełniejszą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jednak nie może być traktowane jako forma bezwzględnie obowiązująca. Oceny realności udostępnianych zasobów należy dokonać każdorazowo, biorąc pod uwagę uwarunkowania danego zamówienia. Izba zważyła, że przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzanie trzema kontraktami i uznała, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez uczestnictwo w realizacji zamówienia przez świadczenie usług doradczych, szkoleniowych, czy też udostępnienie dokumentów stanowi realną możliwość skorzystania z udostępnianych zasobów.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż wykonawca EPI nie wykazał realnego dostępu do zasobów potencjału ekonomicznego spółki Egis Poland Sp. z o.o. w postaci przychodu na określonym poziomie (Tom I Rozdział 1 pkt 7.2. ppkt 4) lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Przewidziana w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp możliwość polegania na potencjale ekonomicznym podmiotu trzeciego nie zwalnia wykonawcy z wykazania, że zasoby te będą mu faktycznie dostępne, że pomimo nie spełniania warunku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wykonawca ten znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał. O rzeczywistej możliwości skorzystania z tego rodzaju zasobów nie można mówić wobec zadeklarowanego przez Egis Poland Sp. z o.o. w treści zobowiązania świadczenia usług doradczych, szkoleniowych, udostępnienia dokumentów czy gotowości do wsparcia finansowego w formie ewentualnego udzielenia pożyczki i w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej. Dopuszczenie możliwości wsparcia wykonawcy EPI w przedmiotowym zakresie w sposób opisany w zobowiązaniu stanowiłoby fikcję służącą jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie przesądzając, iż jest to jedyna możliwa forma udziału podmiotu trzeciego Izba stwierdziła, że przy udostępnianiu potencjału ekonomicznego, z uwagi na charakter tych zasobów nierozerwalnie związanych z podmiotem, którego dotyczą, najbardziej właściwą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia,



zapewniającą rzeczywiste skorzystanie z zasobów, jest podwykonawstwo. Na ocenę wykazania przez wykonawcę EPI spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potwncjału ekonomicznego nie mogą mieć wpływu złożone na rozprawie dokumenty w postaci opinii bankowej i rachunku zysków i strat za 2014 r. dotyczące wykonawcy EPI, bowiem nie stanowiły one przedmiotu oceny w toku badania ofert przez zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że niezbędne jest wezwanie wykonawcy EPI na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania potencjału ekonomicznego na poziomie określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Tom I Rozdział 1 pkt 7.2. ppkt 4) lit. a).

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania przez wykonawcę EPI złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie osób podpisujących zobowiązanie oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w imieniu Egis Poland Sp. z o.o. Izba uznała, że ustawa Pzp oraz przepisy wykonawcze nie nakładają na wykonawcę obowiązku przedkładania tego rodzaju dokumentów. Ewentualne wątpliwości zamawiającego w tym przedmiocie mogą być wyjaśniane na wezwanie zamawiajacego. Jednocześnie, odwołujący nie wykazał jakichkolwiek nieprawidłowości w zakresie umocowania ww. osób.

W ocenie Izby, brak jest też podstaw do twierdzenia, iż zobowiązanie Egis Poland Sp. z o.o. nie obejmuje treści Formularzy 3.2. oraz 3.3. pozycje 14 i 17 złożonych na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Izba wzięła pod uwagę zgodność dat pomiędzy zobowiązaniem podmiotu trzeciego a formularzami przekazanymi zamawiającemu w dniu 5 grudnia 2014 r. Wobec powyższego Izba uznała, iż brak jest podstaw do uznania, że porozumienie wykonawcy EPI oraz Egis Poland Sp. z o.o. nie obejmuje zasobów wskazanych w treści uzupełnionych dokumentów.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy BUI oraz wykonawcy EPI z uwagi na zaoferowanie przez tych wykonawców rażąco niskiej ceny oraz brak zgodności złożonych przez tych wykonawców ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z wypracowaną w orzecznictwie definicją rażąco niskiej ceny za takową uznaje się cenę nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia,

zakładającą realizację zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a zatem cenę nierynkową. Zasadność ewentualnego odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Każdorazowo poddana badaniu cena powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na rynku.



W ocenie Izby, analiza cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie uzasadniała wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Porównanie ceny zaoferowanej przez wykonawców BUI i EPI do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT nie jest wystarczające do stwierdzenia, że zasadne byłoby wszczęcie procedury wyjaśniającej. Wartość szacunkowa jest pewną prognozą która może nie w cenach składanych zamawiającego, znaleźć odzwierciedlenia w warunkach konkurencji. Z uwagi na okoliczność, iż w przypadku każdego zamówienia wykonawcy konkurują ze sobą zaoferowaną ceną naturalne jest, że wartość szacunkowa zamówienia nie będzie odpowiadała najniższej zaoferowanej w postępowaniu cenie.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że dokonując analizy zaoferowanej ceny należy brać pod uwagę nie tylko szacunkową wartość zamówienia powiększoną o VAT, ale również złożone w danym postępowaniu oferty, które odzwierciedlają sytuację zaistniałą na danym rynku - ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąco niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym rozpiętość cen zaoferowanych przez wykonawców również nie uzasadnia wszczęcia procedury w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ trzy ze złożonych ofert prezentują podobny poziom cen (pkt 9 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, Druk ZP-PN).

Odwołujący swoją argumentację skoncentrował na wysokości stawek jednostkowych, tj. dniówek poszczególnych ekspertów. W tym zakresie Izba za wiarygodne uznała oświadczenia zamawiającego, który prowadził wiele podobnych postępowań, o wysokości stawek oferowanych w podobnych postępowaniach. Izba wzięła również pod uwagę, iż zasadnicza różnica pomiędzy dokonaną przez odwołującego analizą kosztów składających się na stawkę jednostkową a przedstawioną przez wykonawcę BUI strukturą kosztów personelu, dla którego wykonawca ten przewidział stawkę w wysokości 120 zł opiera się na rozbieżności w zakresie kosztów transportu i łączności. Brak jest jednak podstaw do twierdzenia, iż przyjęty przez odwołującego sposób transportu jest jedynym możliwym do wykorzystania przy realizacji zamówienia. Z tego względu dowodu na poparcie twierdzeń odwołujacego nie mogą stanowić złożone przez odwołującego wyliczenia stanowiące koszty pracy inspektora nadzoru robót budowlanych w czterech wariantach. O zasadności stawianego przez odwołującego zarzutu nie świadczą również raporty płacowe za 2013 i 2014 r., jako że dotyczą one wynagrodzeń na stanowiskach związanych z wykonywaniem robót budowlanych, nie nadzorem.

W ocenie Izby, różnice między cenami ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia zaniechania zamawiającego wezwania wykonawców



BUI oraz EPI do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, zgodnie z przedłożonymi rachunkami.

**Przewodniczący: ……..…**