WYROK

z dnia 24 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jan Kuzawiński

Jolanta Markowska Małgorzata Matecka

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2020 r. przez wykonawcę MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok w imieniu Zamawiającego - Skarb Państwa — Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, przy udziale:

A.wykonawcy TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B.wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o., Al. Chopina 59/2, 87-800 Włocławek, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 i art. 91 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o., Al. Chopina 59/2, 87-800 Włocławek na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp;

2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3.kosztami postępowania w 50% obciąża Odwołującego - MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów i w 50% obciąża Zamawiającego - Skarb Państwa — Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa i:

3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, tytułem wpisu od odwołania,

3.2zasądza od Zamawiającego - Skarb Państwa — Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na rzecz Odwołującego MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów kwotę 5 700,00 (pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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:

Członkowie:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Skarb Państwa — Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa poprzez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn, odcinek: węzeł „Podtorze" (z węzłem) - węzeł Śniadowo (bez węzła) na długości około 19,463 km [S8] + 3,008 km [S8]+3,57 km [klasy G]". Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4.02.2020 r. pod numerem 2020/S 024-054069.

Zamawiający w dniu 2.06.2020 r. przekazał MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (dalej również jako Odwołujący) informację o wynikach postępowania. Odwołujący w dniu 12.06.2020 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących czynności i zaniechań odwołującego:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez IDM Inwestycje Sp. z o.o.;
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z .o.o. z postępowania;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty IDM Inwestycje Sp. z o.o., jako wykonawcy, który został wykluczony z Postępowania;
4. ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty - zaniechaniu wezwania wykonawcy IDM Sp. z o.o. do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
5. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o., SchuBler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH oraz Schuessler- Plan Inżynierzy Sp. z o.o.;
6. ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty konsorcjum Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o., SchuBler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH oraz Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o. - zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez IDM Inwestycje Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej co do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego SGS Polska Sp. z o.o. - poprzez przedstawienie dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego, z którego wynika, że SGS Polska Sp. z o.o. nie znajdowała się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, w sytuacji gdy Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku odstąpiła od umowy nr 2410.11.2017/2018 zawartej w dniu 19.01.2018 r. z konsorcjum spółek: SGS Polska sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz IDM Inwestycje sp. z o.o. sp. k. (Partner konsorcjum);
2. art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty IDM Inwestycje Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;
3. ewentualnie, w przypadku nieuznania zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej naruszenie art. 26 ust. 3 i/lub art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy IDM Sp. z o.o. do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał, że będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego SGS Polska Sp. z o.o. a podmiot ten wykona usługi, których dotyczy udostępnienie zdolności technicznych i zawodowych;
4. w przypadku nieuznania zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej naruszenie art. 26 ust. 3 i/lub art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy IDM Sp. z o.o. do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wobec podmiotu trzeciego SGS Polska Sp. z o.o., na którego zasoby wykonawca się powoływał celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zachodzą podstawy wykluczenia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o., SchuBler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH oraz Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Eksametr), pomimo iż treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ;
6. ewentualnie, w przypadku nieuznania zarzutów wskazanych w punkcie 5 powyżej, naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Eksametr w do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wskazane w Formularzu Cenowym koszty poszczególnych elementów rozliczeniowych wydają się rażąco i niskie i niemożliwe jest, aby były realne.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności z dnia 2 czerwca 2020 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty IDM Inwestycje Sp. z o.o.;
2)dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3)wykluczenia wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
4)ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. - wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez wezwanie do zastąpienia SGS Polska Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie się wykonawcy do osobistego wykonania zamówienia;
5)odrzucenie oferty Konsorcjum Eksametr;
6)ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr - wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, Zamawiający w dniu 2 czerwca 2020 roku poinformował o wyborze oferty IDM Inwestycje Sp. z o.o. (dalej IDM) jako najkorzystniejszej. Po zapoznaniu się z udostępnionymi dokumentami Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, w związku z czym wniesienie odwołania stało się konieczne.

IDM celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wiedza i doświadczenie Wykonawcy) określonego w punkcie 7 ppkt. 3) SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) posłużyła się zasobami podmiotu trzeciego - SGS Polska Sp. z o.o.

Art. 22a ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że w odniesieniu do podmiotu trzeciego, na którego zasoby wykonawca się powołuje Zamawiający ma obowiązek ocenić, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp. Także Zamawiający w pkt. 10.3. IDW, zdeterminował, że będzie badał czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy Pzp oraz, o których mowa w pkt. 8.2. IDW. Punkt 8.2. ust. 4) IDW wskazuje fakultatywne podstawy wykluczenia - Zamawiający wykluczy Wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z Zamawiającym , o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący wskazuje, że IDM przedłożyła wraz z ofertą JEDZ podmiotu trzeciego. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia SGS Polska Sp. z o.o. w części III Sekcja C Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów łub wykroczeniami zawodowymi, zawiera oświadczenie, że podmiot ten nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

Tymczasem, zgodnie z wiedzą Odwołującego, w dniu 21.06.2019 r. Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku, pismem nr O.BI.I - 4.414.22.2019.396.SS odstąpił od umowy nr 2410.11.2017/2018 zawartej w dniu 19.01.2018 r. z konsorcjum spółek: SGS Polska sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz IDM Inwestycje sp. z o.o. sp. k. (partner konsorcjum) na realizację zadania pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn, odcinek: węzeł „Łomża Południe" (z węzłem) - węzeł „Łomża Zachód"(bez węzła), na długości około 7,186 km [S61] + DK 63 [GP 8,907km.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że wykonawca IDM w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniana przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje aby wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, który to dokument zawiera nieprawdziwą informację, że w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania. Ponieważ udowodnienie polegania na zasobach innych podmiotów w przedmiocie m.in. dysponowania

odpowiednim potencjałem technicznym, należy do zakresu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w opisywanej sytuacji wykonawca IDM powinien zostać wykluczony z postępowania.

Art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy gdy wprowadził on w błąd zamawiającego nawet w wyniku zachowania nieumyślnego (lekkomyślność, niedbalstwo) w przeciwieństwie do dyspozycji pkt 16) wskazującego na konieczność zajścia celowego działania wykonawcy zmierzającego do wprowadzenie w błąd lub rażącego niedbalstwa wywołującego ten sam skutek. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) ma zastosowanie nawet gdy wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd nie mając takiego zamiaru a poprzez niedochowanie należytej staranności (niedbalstwa) czy lekkomyślności. Trzeba też pamiętać, że ocena czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje się z zastosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 14 Pzp. Zgodnie zaś z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), przez którą rozumie się określony sposób postępowania, mający doprowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec postępowania. Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, co skutkuje uzasadnionym zwiększeniem oczekiwania co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność. Takim profesjonalistą jest także wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wzorzec należytej staranności nakłada na takiego wykonawcę miedzy innymi obowiązek upewnienia się (sprawdzenia) czy deklarowany w składanych w ramach postępowania przetargowego oświadczeniach/dokumentach stan faktyczny jest prawdziwy (odpowiada rzeczywistości). Na ich podstawie bowiem Zamawiający dokonuje oceny wykonawcy, w tym oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i maja one wpływ na decyzje Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że wykonawca IDM musiał mieć świadomość, że przedmiotowe oświadczenie zawarte w JEDZ podmiotu trzeciego jest nieprawdziwe. W skład konsorcjum będącego stroną umowy nr 2410.11.2017/2018 wchodziła bowiem spółka IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k., której wykonawca IDM jest wspólnikiem (komplementariuszem). Nie można więc przyjąć, że nie posiadał wiedzy o losach tej umowy.

Dodatkowo, niezrozumiałym dla Odwołującego jest fakt, iż Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku, w postępowaniu na Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „*Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa - granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk - Budzisko z obw. Szypliszek*", nr ref., O.BI.D-3.2410.4.2019 wykluczył z przedmiotowego postępowania Wykonawcę konsorcjum IDM INWESTYCJE Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp. k. oraz JM PROJEKT J. M. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp za odstąpienie od Umowy nr 2410.11.2017/2018 zawartej z konsorcjum SGS Polska sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. (partner konsorcjum), natomiast w niniejszym postępowaniu uznał, iż w odniesieniu do spółki SGS Polska Sp. z o.o. przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp nie zachodzą. Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza brak konsekwencji Zamawiającego oraz nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący dodaje, że z dokumentów udostępnionych Odwołującemu wynika, że wykonawca IDM nie skorzystał z przysługującego mu prawa do złożenia odpowiednich
wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

II. Naruszenie art. 26 ust. 3 i/lub art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż IDM polegając na zasobach udostępnionych przez SGS Polska Sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, a podmiot ten wykona usługi, których dotyczy udostępnienie zdolności technicznych i zawodowych oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z punktem 7 ppkt 3) SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zgodnie z poniższymi wymaganiami:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (Zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferto dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie łub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP

dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 min PLN netto,

b)1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;

c)1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m".

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w ustawie Pzp oraz powtórzonymi w pkt 10 SIWZ, wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów w zakresie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane. Jednocześnie wykonawca, który opiera się na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. W orzecznictwie i doktrynie jednomyślnie uznaje się, że udostępnienie wykonawcy zasobów przez podmiot trzeci będzie miało charakter realny.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w dniu 25 maja 2020 r. IDM złożyło wykaz usług, który zawierał wyłącznie zadania zrealizowane w całości przez konsorcjum firm ECM GmbH oraz SGS Polska Sp. z o.o. Odwołujący podnosi, że zarówno z treści formularza ofertowego wykonawcy IDM, jak również z treści dokumentu „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia" nie wynika jednoznacznie, że SGS Polska Sp. z o.o. rzeczywiście wykona zakres usługi, dla której niezbędne było wykazanie się wymaganym doświadczeniem.

Odwołujący podnosi, że jak wskazano w wyżej przywołanych dokumentach SGS Polska Sp. z o.o. zobowiązała się do zapewnienia: *„usługi wsparcia merytorycznego w realizacji obowiązków wynikających z Umowy (określonych w SIWZ) oraz weryfikacji i koordynacji prac projektowych; nadzór nad wykonywaniem obowiązków w zakresie zarządzania i rozliczenia Kontraktu, opracowanie raportu otwarcia*". Zdaniem Odwołującego powyższy zakres w żaden sposób nie może być rozumiany jako zobowiązanie do faktycznej realizacji zadania przez podmiot posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie. Sposób sformułowania treści zobowiązania wskazuje wprost, że SGS Polska Sp. z o.o. będzie jedynie wspierać merytorycznie (przy czym trudno ustalić na czym to wsparcie ma polegać) oraz zapewniać nadzór (nie wiadomo jak ten nadzór miałby wyglądać) dla IDM przy realizacji niektórych czynności objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca IDM w ramach opisanego powyżej warunku opiera się w całości na zasobach podmiotu trzeciego a więc nie dysponuje w ogóle własnym doświadczeniem. Odwołujący wywodzi, że w takim przypadku, aby zapewnić Zamawiającemu, realizację zamówienia przez odpowiednio wykwalifikowanego wykonawcę, IDM powinno wykazać (udowodnić), że wskazany przez nią podmiot trzeci będzie wykonywał całe zamówienie, tymczasem dokumenty przedstawione przez IDM nie dają podstawy do takiego stwierdzenia, tak więc Zamawiający nie powinien na ich podstawie uznać, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Takie stanowisko Odwołującego znajduje poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - powołuje wyrok KIO 711/19.

Odwołujący wskazuje, że w opisywanej sytuacji nie ma podstaw do uznania, że IDM spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta może być wybrana przez Zamawiającego. Odwołujący zwraca też uwagę, że doświadczenie zawodowe SGS Polska Sp. z o.o. zostało nabyte przy realizacji zamówień, którego wykonawcą było konsorcjum firm SGS Polska Sp. z o.o. i ECMG GmbH. Powstaje więc wątpliwość czy SGS Polska Sp. z o.o. w ramach wykonywania zadań wskazanych przez IDM w formularzu Wykaz usług nabyła samodzielnie doświadczenie wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca udostępniający swoje zdolności oraz doświadczenie może uczynić to jedynie w zakresie, w którym sam je nabył. Jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach konsorcjum to przekazaniu podlegają zasoby powstałe jedynie w granicach wykonania prac przez dany podmiot. Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt). Tym bardziej zatem udostępnieniu może podlegać jedynie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum.

Odwołujący odnosząc się do zarzutu 1 dodaje, że Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że wobec podmiotu trzeciego SGS Polska Sp. z o.o. nie zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania. Skutkiem takiego działania Zamawiający przyjął, że wykonawca IDM spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego i zaniechał czynności wynikających z art. 22a ust. 6/26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wybrał ofertę Wykonawcy IDM.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy IDM na

podstawie art. 26 ust. 3 i/lub art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności poprzez zastąpienie SGS Polska Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, gdyż:

1.wobec SGS Polska Sp. z o.o. zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, a więc nie może on skutecznie użyczyć swoich zasobów wykonawcy IDM,

2.z przedstawionych przez IDM dokumentów nie wynika, że będzie on realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, co wskazuje na pozorność tego dysponowania

3.wątpliwe jest czy SGS Polska Sp. z o.o. posiada doświadczenie odpowiadające wymaganemu przez Zamawiającego.

III.Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustaw Pzp w związku art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o.,Schüßler- Plan Ingenieurgesellschaft mbHoraz Schuessier - Plan Inżynierzy Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Eksametr), pomimo iż treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z zapisami pkt 2.1.2 OPZ Konsultant w ramach zespołu „Inni Eksperci" - celem należytego wykonywania umowy zobowiązany jest zapewnić geodetów celem zapewnienia geodezyjnej obsługi inwestycji. Zgodnie z Formularzem cenowym poz. 2.2.40, 2.2.41 oraz 2.2.42 wykonawca winien wycenić osobno geodetę w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji oraz osobno dwa zespoły geodetów. Literalne rozumienie określenia zespół wskazuje, że musi się on składać z co najmniej dwóch osób. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę pkt. 15.3 IDW mówiący, że: każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym/ jak również „Uwagi Zamawiającego" zamieszczone pod formularzem cenowym w odniesieniu do Innych Ekspertów:*„1. Liczba Innych ekspertów może nie być równa liczbie wymaganych osób na dane stanowisko oraz 2. Oferent wycenia koszt pełnienia Usługi przez Innych ekspertów określonego rodzaju bez względu na liczbę"* odczytane łącznie wskazują, iż w pozycji Liczba jednostek w odniesieniu do zespołu geodetów nr 1 oraz zespołu geodetów nr 2 Wykonawca winien uwzględnić wynagrodzenie za 1 dzień pracy dla co najmniej dwóch geodetów, rezerwę na wypadek konieczności zatrudnienia dodatkowego geodety, jak również wszystkie koszty związane z ich zatrudnieniem.

Konsorcjum Eksametr w pozycjach 2.2.41 Zespół geodetów nr 1 oraz w pozycji 2.2.42 Zespół geodetów nr 2 wyceniło dzień pracy każdego z zespołów na 200,00 zł, co w podziale na jednego geodetę daje kwotę w wysokości 100,00 zł/ dzień.

Biorąc pod uwagę:

1.Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.:

„§ 1. Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2600 zł.

§ 2. Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 17 zł."

2.*Definicję Dniówki zwartą w § 1 Tomu II SIWZ Umowa: „pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin" jak również*

3.Formularz cenowy wykonawcy konsorcjum Eksametr;

zdaniem Odwołującego jednoznaczne jest, iż wykonawca ten nie uwzględnił w ramach pozycji Zespół geodetów nr 1 oraz Zespół geodetów nr 2 co najmniej dwóch geodetów w zakresie każdego z zespołów, wobec czego oferta ta nie wypełnia wymagań SIWZ, Tom I IDW pkt 15.3 i w związku z tym powinna podlegać odrzuceniu.

IV.Naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Eksametr w do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podnosi, że konsorcjum Eksametr, w pozycjach 2.2.41 Zespół geodetów nr 1oraz 2.2.42 Zespół geodetów nr 2 wycenił dzień pracy każdego z zespołów na 200,00 zł/dzień, co w podziale na jednego geodetę wynosi 100,00 zł/dzień. Odwołujący wskazuje, że kwota ta jest niewystarczająca na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę, jak również minimalnej stawki godzinowej zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r.

Wynagrodzenie geodetów na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący wskazuje, że koszt pracodawcy zatrudnienia jednej osoby, której będzie przysługiwało minimalne miesięczne wynagrodzenie w pełnym wymiarze czasu, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r., w roku 2020 wynosi

2600,00 zł brutto, co stanowi koszt wykonawcy w wysokości 3 132,48 zł. Do tej kwoty należy doliczyć pozostałe koszty związane z zatrudnieniem pracownika takie jak koszty jego zastępstwa w czasie nieobecności (koszty urlopów oraz zwolnień lekarskich), koszty dofinansowania do prywatnej opieki medycznej, kart sportowych, a także rezerwę na ewentualną zmianę minimalnego wynagrodzenia zgodnie z poniższym zestawieniem:

Koszt po stronie pracodawcy	
Wynagrodzenie brutto pracownika	2600,00
Ubezpieczenie emerytalne	253,76
Ubezpieczenie rentowe	169,00
Ubezpieczenie wypadkowe	43,42
Fundusz Pracy	63,70
FGSP	2,60
Łączny koszt pracodawcy	3 132,48

Zakładając średnio 21-dniowy miesiąc pracy, jedna „dniówka" pracy jednego geodety to koszt w wysokości: 3 132,48/21=149,17 zł/dzień, a więc prawie 50% więcej niż wycenił to wykonawca konsorcjum Eksametr.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż powyższa kwota nie obejmuje pozostałych kosztów związanych z utrzymaniem pracownika, takich jak koszty jego zastępstwa w czasie nieobecności czy pokrycie kosztów szkolenia BHP.

Na koszt pracy jednostkowej pracownika składa się:

1.Wynagrodzenie pracownika wraz z narzutami (rozbite w tabeli powyżej),

2.Pozostałe koszty związane z utrzymaniem pracownika, stanowiące średnio 18-22% wynagrodzenia brutto. Koszty te obejmują:

• Zastępstwo w trakcie absencji pracownika z powodu choroby (średnio 12 dni chorobowych/opieki w roku, czyli 1 dzień/miesiąc) oraz urlopu wypoczynkowego, opieki nad zdrowym dzieckiem (średnio 2,33 miesięcznie),

•Szkolenie BHP,

•ZFŚS.

Reasumując, koszt płacy dla pracownika z wynagrodzeniem miesięcznym brutto wynoszącym 2 600,00 PLN (minimalne wynagrodzenie) wynosi 3 132,48 PLN + średnio 15%*2 600,00 PLN = 3 522,48 PLN/21 dni pracy miesięcznie = 167,74 zł/dzień

2) Wynagrodzenie geodetów na podstawie umowy cywilno-prawnej.

Koszt pracodawcy zatrudnienia jednej osoby, której będzie przysługiwało wynagrodzenie z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej brutto zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. wynosi 2 856,00,00 zł brutto, co stanowi koszt wykonawcy w wysokości 3 440,92 zł zgodnie z poniższym zestawieniem:

Minimalna stawka godzinowa brutto	Stawka brutto za 1 dzień pracy (8 godzin)	Ilość dni w miesiącu	Ilość godzin w miesiącu	Wartość wynagrodzenia brutto miesięcznie
17,00 zł	136,00 zł	21 dni	168 godzin	2 856,00

Koszt po stronie pracodawcy	
Wynagrodzenie brutto pracownika	2 856,00
Ubezpieczenie emerytalne	278,75
Ubezpieczenie rentowe	185,64
Ubezpieczenie wypadkowe	47,70
Fundusz Pracy	69,97
FGSP	2,86
Łączny koszt pracodawcy	3 440,92

Odwołujący z powyższego wywodzi, że w przypadku zatrudnienia geodetów na podstawie umowy cywilno-prawnej, zakładając średnio 21-dniowy miesiąc pracy, jedna „dniówka" pracy jednego geodety to koszt w wysokości:

3440,92/21= 163,85 zł/dzień, a więc ponad 60% więcej niż wycenił to Wykonawca konsorcjum Eksametr. Zgodnie z powyższymi wyliczeniami kwota, jaką przewidział wykonawca konsorcjum Eksametr na wynagrodzenie geodetów jest niezgodna z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., jednak podkreślić należy, iż średnie rynkowe wynagrodzenie geodetów jest zazwyczaj wyższe od minimalnego.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że jego wątpliwości budzi wysokość wynagrodzenia, jaką konsorcjum Eksametr przewidziało dla archeologa - 140 zł/dzień. Kwota ta również nie pokrywa zarówno kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę, jak i minimalnej stawki godzinowej zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r.

Zgodnie z pkt 15.3 IDW Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym, w związku z czym wykonawca nie może „przenosić" kosztów związanych z zatrudnieniem ww. specjalistów do innych pozycji Formularza cenowego, wobec czego zdaniem Odwołującego należy uznać, iż cena wykonawcy konsorcjum Eksametr jest rażąco niska. Wywodzi, że Zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący podnosi, że cena ofertowa w zakresie przywołanych pozycji IDM nie pokrywa kosztów zatrudnienia wymaganych przez Zamawiającego osób i nie ma wątpliwości, że koszt zatrudnienia zespołów geodetów jak i architekta są istotnymi częściami składowymi ceny ofertowej. Zdaniem Odwołującego wskazywane przez wykonawcę w tym elemencie składowe nie pozwalają w sposób oczywisty na pokrycie kosztów geodetów i architekta - w związku z tym Zamawiający powinien zwrócić się do konsorcjum Eksametr o złożenie odpowiednich wyjaśnień, czego bezpodstawnie zaniechał.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpienie zgłosili - wykonawca TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa - po stronie Odwołującego i wykonawca IDM Inwestycje Sp. z o.o., Al. Chopina 59/2, 87-800 Włocławek - po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Stanowisko na piśmie przedstawił również wykonawca IDM Inwestycje Sp. z o.o., także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiał dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą IDM oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy pozostawał bezsporny, okoliczności faktyczne przytoczone w odwołaniu znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji postepowania i nie były kwestionowane - strony różniły się ich oceną prawną - dlatego nie będą w całości powtarzane. Poniżej Izba przytacza jedynie okoliczności i zapisy SIWZ niezacytowane dosłownie w treści odwołania.

Wykonawca IDM Inwestycje Sp. z o.o. (dalej również jako IDM) składając ofertę w postępowaniu powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - SGS Polska Sp. z o.o. (dalej również jako SGS), w ofercie wskazano również, że realizacja części zamówienia zostanie SGS powierzona. Do oferty dołączono JEDZ spółki SGS, w którym w Części III c - Podstawy

Wykluczenia, w odpowiedzi na pytanie *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”* udzielił odpowiedzi „NIE”.

W SIWZ zawarto m.in. następujące postanowienia:
Pkt 10.1. IDW: „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.
10.3: Zamawiający oceni, czy udostępnianie Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy Pzp oraz, o których mowa w pkt 8.2 IDW.
8.2. IDW: Zamawiający dodatkowo wykluczy wykonawcę: (...)
4.który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

15.3 IDW: Każda jednostka cenowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu Cenowym.
2.1 OPZ Personel Konsultanta
Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi.
(•••)
Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.
1)Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci);
2)Personel biurowy (...);
3) Personel pomocniczy.
2.1.2OPZ Inni Eksperci (...) Celem zapewnienia należytego wykonania usługi, Konsultant zapewni na etapie realizacji usługi ekspertów z następujących branż: (...)
- Geodetów w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji, Prawnik, Archeolog.

§13 ust. 4 wzoru umowy: Zamawiający wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o prace były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt 2.1 OPZ.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części.

Ad zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzut ten wywodził z okoliczności zaniechania wykluczenia wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd - w dokumencie JEDZ podmiotu użyczającego zasoby - SGS Polska Sp. z o.o. (dalej jako SGS). SGS udzieliło przeczącej odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

W rozpoznawanej sprawie bezspornym było, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku odstąpiła od umowy nr 2410.11.2017/2018 zawartej w dniu 19.01.2018 r. z konsorcjum spółek: SGS Polska

sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz IDM Inwestycje sp. z o.o. sp. k. (partner konsorcjum). Zamawiający potwierdził tę okoliczność, a nadto w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że w innym postepowaniu dot. nadzoru i zarządzana kontraktem na budowę drogi S 61 Obwodnica Augustowa - Granica Państwa wykluczył z udziału konsorcjum w skład w którego wchodziło IDM Inwestycje Sp. z o.o., IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. oraz JM Projekt J. M. w związku z ww. odstąpieniem od umowy.

W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności sprawy nakazują stwierdzenie, że w odniesieniu do wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. zaktualizowała się przesłanka wykluczenia z postepowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wyróżnić zatem należy trzy warunki ziszczenia się ww. przesłanki wykluczenia: (1) lekkomyślność lub niedbalstwo wykonawcy w przedstawianiu informacji, (2) informacje mogą wprowadzić zamawiającego w błąd, (3) informacje mogą zaważyć na treści, kierunku decyzji zamawiającego w postępowaniu. W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wszystkie powyższe warunki zostały spełnione.

Co do pierwszego elementu - lekkomyślności lub niedbalstwa - bezspornym jest, że działanie podmiotu trzeciego SGS szło nawet dalej - bowiem w pełni świadomie zaznaczył „NIE" w odpowiedzi na pytanie JEDZ dotyczące sytuacji przedwczesnego rozwiązania umowy. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca IDM Inwestycje Sp. z o.o. i SGS wiedzieli 0okoliczności odstąpienia od umowy - jak bowiem podnoszono w toku rozprawy, zaznaczenie „NIE" w JEDZ było działaniem podyktowanym chęcią dochodzenia roszczeń od zamawiającego w procesie cywilnym - wykonawcy nie chcieli się niejako „przyznawać" do winy skutkującej wypowiedzeniem umowy. Należy przy tym wskazać, że taka motywacja złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia nie może wpłynąć na negatywną ocenę działania wykonawcy. Zaznaczenie „TAK" w odpowiedzi na rzeczone pytanie, nie zamyka drogi do uzyskania zamówienia. W żadnym też wypadku nie stanowi to przyznania swojej winy - bowiem w dalszej części JEDZ wykonawca ma możliwość przedstawienia swojego stanowiska w odniesieniu do zaistniałej sytuacji - zarówno na potrzeby zamawiającego, jak 1z ostrożności - dla innych postępowań, w tym cywilnych. Jednocześnie zaznaczenie „TAK" i opisanie sytuacji otwiera zamawiającemu możliwość własnej jej oceny i podjęcia odpowiednich decyzji w postępowaniu.

Drugi element przesłanki wykluczenia - możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd - również wystąpił w niniejszej sprawie. Należy zaznaczyć, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której na skutek przedstawienia niezgodnych ze stanem faktycznym informacji zamawiający może zostać wprowadzony błąd - nie jest koniecznym, by rzeczywiście wprowadzenie w błąd zaistniało. Stąd posłużenie się w dyspozycji ww. przepisu zwrotem „wprowadzające w błąd" - inaczej niż w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, który wymaga by zamawiający faktycznie został w błąd wprowadzony - „wprowadził zamawiającego w błąd". Taka interpretacja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zgodnie z którą dla ziszczenia się określonej tam przesłanki wykluczenia wystarczające jest potencjalne wprowadzenie w błąd zamawiającego zgodna jest z utrwaloną linią orzeczniczą KIO (por. np. KIO 104/19, KIO 2517/19, KIO 2435/19).

W ocenie składu orzekającego Izby nie można również podzielić poglądu Przystępującego IDM i Zamawiającego, że nie mogło dojść do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, gdyż posiadał on informacje o odstąpieniu od umowy z SGS, gdyż sam był stroną i inicjatorem wypowiedzenia rzeczonej umowy. Należy podkreślić, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie różnicuje sytuacji przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, które zamawiający mógł sam zweryfikować w innych źródłach niż dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę, od sytuacji przedstawienia informacji, których zamawiający nie może sam sprawdzić. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie warunkuje wykluczenia wykonawcy przedstawiającego informacje prowadzające w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, przeprowadzeniem jakiegokolwiek dodatkowego testu - np. możnością ustalenia czy znajomością rzeczywistego stanu faktycznego. Zezwolenie na składanie informacji wprost sprzecznych ze stanem faktycznym z uwagi na okoliczność, że zamawiający zna prawdziwy stan rzeczy, prowadziłoby do naruszenia zasady przejrzystości postępowania i zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tak jak w niniejszej sprawie, „pominięcie" okoliczności, że wykonawca SGS złożył niezgodne ze stanem faktycznym oświadczenie z uwagi nato, że dotyczyło ono sytuacji znanej Zamawiającemu (uprzednio zawarta z nim umowa) powoduje uprzywilejowanie sytuacji wykonawcy, który pozostaje z zamawiającym w stosunkach gospodarczych (por. też KIO 1576, KIO 2608/18). Ponadto możliwość „obrony" wykonawcy składającego oświadczenia niepolegające na prawdzie poprzez sięganie do nieokreślonej „wiedzy"

Zamawiającego otwiera pole do nieuczciwego kształtowania wyniku postępowania. Nie można bowiem ustalić granic - ani czasowych, ani instytucjonalnych - do jakich może sięgnąć zamawiający, żeby uznać, że w rzeczywistości nie mógł zostać wprowadzony w błąd, gdyż „znał" okoliczność, co do której wykonawca podał informacje wprowadzające w błąd. Takiego zakresu badania nie przewidział ustawodawca - gdyż, jak wskazano powyżej, zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie jest uzależnione od badania wiedzy zamawiającego.

Ustalona przez Izbę ocena możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w przypadku podania informacji wprowadzających w błąd, które Zamawiający sam może zweryfikować znajduje oparcie w orzecznictwie - do zagadnienia tego szeroko odniósł się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18. Sąd wskazał m.in.: „Punktem wyjścia do rozważań winny być bowiem przesłanki wykluczenia z powołanego i omówionego już art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdzie relewantne dla jego zastosowania jest samo zachowanie wykonawcy. W istocie relewantne są tu dwie przesłanki - wina (umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie Zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy Zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje, czy wykonał jakiekolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego ustawodawcy. Gdyby bowiem wola ustawodawcy była inna, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, który expressis verbis wskazuje na określony, zamknięty katalog dokonanych, konkretnych okoliczności Zamawiającego tj.: przesłanki wykluczenia, warunki udziału i kryteria selekcji. Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co per se oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki. Oznacza to, że zachowanie Zamawiającego nie ma tu żadnego znaczenia. Uznając nawet, że Zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, czy dalszych czynności, w sprawie, to i tak należy dojść do wniosku, że samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.(...) Mając na uwadze, że wskazana wyżej podstawa wykluczenia ma charakter obligatoryjny, nie było przy tym istotne, czy Zamawiający mógł zweryfikować te informacje (wystarczy, że były to informacje nieprawdziwe) lub czy podjął na ich podstawie jakąkolwiek decyzję (wystarczała potencjalna możliwość)". Prezentowane stanowisko składu orzekającego wpisuje się w linię orzeczniczą KIO - por. np. KIO 104/20, KIO 2608/18, KIO 1576/19.

W przedmiotowym postępowaniu z pewnością zaistniał również ostatni element przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - mógł zaistnieć wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu. Przedmiotowe informacje - których SGS nie podało - dotyczyły okoliczności badanych dla ustalenia czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania - kwestii fundamentalnej dla decyzji zamawiającego w postępowaniu.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego IDM, że SGS Polska Sp. z o.o. nie znajdowała się w sytuacji o której mowa w ww. pytaniu JEDZ, że pytanie to nie dotyczyło SGS. Powyżej wskazani podnosili, że umowa została rozwiązania z winy konsorcjanta - IMD Inwestycja Sp. z o.o. Sp. k., a nie SGS - lidera konsorcjum. Zamawiający ani Przystępujący IDM nie podważali okoliczności, że liderem ww. konsorcjum było SGS Polska Sp. z o.o. W ocenie składu orzekającego zaprzeczanie przez lidera konsorcjum, że znajdował się w sytuacji w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem - z powołaniem na okoliczność, że odpowiedzialność za wypowiedzenie umowy ponosi partner konsorcjum - jest niedopuszczalne. Należy wskazać, że rzeczone pytanie zawarte w JEDZ nie odpowiada treści przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp - gdyby tak było, wówczas okoliczność zawinienia mogłaby być rozważana - ale obiektywnej okoliczności przedwczesnego rozwiązania umowy. Okoliczność ta w przedmiotowej sprawie bezspornie zaistniała i nie można zaprzeczyć, że SGS był stroną rozwiązanej umowy. Nie zasługiwał na uwzględnienie argument Przystępującego IDM podniesiony w toku rozprawy, że instrukcja wypełnienia JEDZ na stronie Urzędu Zamówień Publicznych wskazuje, że odpowiedź „TAK" należy zaznaczyć w przypadku gdy do rozwiązania umowy doszło z winy wykonawcy. Powołany fragment instrukcji do JEDZ brzmi: *„W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat".* Następnie powołana zostaje treść art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, po czym wskazano *„Wskazana podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny, tzn. zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.*

Wykonawca wypełnia formularz w tym zakresie tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia". W żadnym miejscu instrukcja nie uzależnia wymogu złożenia oświadczenia, czy wykonawca znajdował się w sytuacji jasno określonej w pytaniu, od winy po jego stronie. Zamawiający przewidział w pkt 8.2.4 IDW ww. podstawę wykluczenia - nie ulega więc wątpliwości, że wykonawca był zobowiązany do wypełnienia formularza w tym zakresie. Jak wskazano powyżej, zaznaczenie odpowiedzi „TAK" umożliwia wykonawcy opisanie rzeczonej sytuacji i wówczas wskazanie, że np. nie uznaje skuteczności wypowiedzenia umowy albo że po jego stronie (jako członka konsorcjum) nie wystąpiły żadne nieprawidłowości. Kluczowym zatem dla przejrzystości postępowania i zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest wypełnienie JEDZ zgodnie ze stanem faktycznym, czego SGS nie zrobił.

Jak wynika z powyższej analizy, Zamawiający niesłusznie zaniechał wykluczenia wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu. Zaznaczenie przez SGS - podmiot udostępniający wykonawcy zasoby odpowiedzi „NIE" na pytanie
0znajdowanie się w ww. sytuacji stanowiło przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Rzeczone zaniechanie stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W związku z tym Izba uznała, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy które miało wpływ na wynik postępowania - została wybrana oferta wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania. Wobec tego zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie podlegało w tym zakresie uwzględnieniu
1nakazano wykluczenie wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. z postępowania.

W tym miejscu dodać należy, że Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego IDM podniesionego w toku rozprawy, zgodnie z którym należało umożliwić zamianę podmiotu udostępniającego zasoby w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli w stosunku do tego podmiotu zachodziły przesłanki wykluczenia. W niniejszej sprawie przesłanka wykluczenia dotyczyła wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o., który złożył wraz z ofertą - w JEDZ SGS Polska Sp. z o.o. - informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Zgodnie z orzecznictwem Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że wprowadzające w błąd informacje dotyczą nie tylko oświadczenia własnego wykonawcy, ale dotyczą także oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, które wykonawca przedkłada zamawiającemu (por. np. KIO 45/19, KIO 576/17). Niedołożenie należytej staranności w weryfikacji oświadczeń składanych przez podmiot udostępniający zasoby obciąża wykonawcę składającego ofertę, jako przedstawiającego zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd - w związku z czym wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podlegał wykonawca IDM Inwestycje Sp. z o.o. - zatem art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie znajduje tu zastosowania.

Izba zaznacza także, że nie badała zachodzenia przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do Przystępującego IDM. Zarzut taki nie został w odwołaniu wyrażony. Odwołujący nie dowodził zachodzenia rzeczonej przesłanki, nie wyrażał żądań z nią związanych, a jedynie odnosił się do niej w kontekście niezgodnego z prawdą oświadczenia w JEDZ SGS.

W konsekwencji uznania powyższego zarzutu należy uznać, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegający na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IDM, który w świetle ww. okoliczności winien zostać wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i/lub art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania wykonawcy IDM Sp. z o.o. do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał, że będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego SGS Polska Sp. z o.o. a podmiot ten wykona usługi, których dotyczy udostępnienie zdolności technicznych i zawodowych i zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i/lub art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania wykonawcy IDM Sp. z o.o. do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wobec podmiotu trzeciego SGS Polska Sp. z o.o., na którego zasoby wykonawca się powoływał celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zachodzą podstawy wykluczenia.

Powyższe zarzuty, zgodnie z treścią odwołania, miały charakter zarzutów ewentualnych - zostały podniesione na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawcy IDM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że Izba uwzględniła zarzut zaniechania zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i nakazała wykluczenie wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia, rzeczone zarzuty Izba pozostawia bez rozpoznania, zgodnie z wnioskiem odwołania.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o., Schu&ler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH oraz Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o. (dalej jako konsorcjum Eksametr), pomimo iż treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ.
Odwołujący wywodził niezgodność z SIWZ z zaoferowaniem stawek 200 zł dniówki dla zespołu dwóch geodetów i 140 zł dniówki dla archeologa. Podnosił, że takie stawki nie uwzględniają wszystkich kosztów, co jest niezgodne z pkt 15.3 IDW. Zdaniem Odwołującego takie stawki nie są realne, gdyż są niezgodne z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - zarówno na umowie o pracę jak i umowie zleceniu. Odwołujący wskazał, że w przypadku umowy cywilnoprawnej dniówka wynosi min. 163,85 zł, zaś w przypadku umowy o pracę - 167,74 zł.

Izba powyższy zarzut uznała za niepotwierdzony. Odwołujący, wywód swój oparł jedynie na wyliczeniach i powołaniu się na przepisy prawa - nie przedstawił żadnych dowodów dla wykazania niezgodności oferty konsorcjum Eksametr z SIWZ. Przedstawione wyliczenia dotyczące umowy o prace są nieadekwatne do okoliczności sprawy, bowiem Zamawiający zgodnie z § 13 ust. 4 wzoru umowy wymagał zatrudnienia na umowę o pracę jedynie personelu biurowego i pomocniczego, do którego nie zaliczali się geodeci i archeolog. W odniesieniu zaś do umowy cywilnoprawnej, to jak zasadnie podniósł w toku rozprawy Przystępujący IDM, koszty zatrudnienia mogą kształtować się inaczej niż w przedstawionych przez Odwołującego wyliczeniach, z uwagi na inne obciążenie wykonawcy obowiązkowymi składkami, gdy osoby te zatrudnione są też gdzie indziej. Wobec tego przedstawione przez Odwołującego wyliczenia, które uwzględniają wszelkie składki, są niewystarczające dla uznania, że zaoferowane stawki dniówek nie zawierają wszystkich kosztów. Izba za chybiony uznała kontrargument Odwołującego, że jeżeli geodeci i archeolog mają wyznaczone dniówki 8-godzinne to nie ma możliwości, by pracowali gdzieś jeszcze. Wiedzą notoryjną jest, że znaczna część pracujących we wszystkich sektorach pracuje dłużej niż 8h dziennie i bez odpowiednich dowodów nie można uznać, że taka sytuacja nie będzie dotyczyć również osób powołanych do realizacji zamówienia.
W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw dla stwierdzenia niezgodności oferty konsorcjum Eksametr z SIWZ w powołanym przez Odwołującego zakresie, wobec czego omawiany zarzut podlegał oddaleniu.

Ad zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania konsorcjum Eksametr w do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wskazane w Formularzu Cenowym koszty poszczególnych elementów rozliczeniowych wydają się rażąco i niskie i niemożliwe jest aby były realne.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu. Odwołujący brak realności wskazanych w Formularzu Cenowym stawek dniówek wywodził z okoliczności tożsamych jak w zarzucie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, omówionym powyżej. Izba podtrzymuje zawarte tam rozważania dotyczące braku wykazania realności ceny. Odwołujący nie wykazał też, że zaistniały przesłanki do wezwania o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Przesłanki wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny są określone w ustawie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Dodatkowo art. 90 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które

nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie powziął wątpliwości co do realności zaoferowanych cen - jak wskazano powyżej, braku ich realności w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 2 nie wykazał również Odwołujący. Jakkolwiek możliwym jest zaistnienie sytuacji, w której należy uznać, że Zamawiający winien był powziąć wątpliwości, to nie sposób stwierdzić, że taka sytuacja zaszła w niniejszym postępowaniu. Co więcej, jak wynika z przedstawionego przez Zamawiającego zestawienia wysokości dniówek, dniówki zaoferowane przez konsorcjum Eksametr nie odbiegają od dniówek innych wykonawców w sposób, który mógłby budzić podejrzenia. Z kolei cena całej oferty odbiegała od średniej wartości ofert o ok. 12%, zaś od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia o ok. 5%. Nie zaistniały zatem obligatoryjne przesłanki wezwania do wyjaśnień określone w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie miał również podstaw do powzięcia podejrzeń co do realności zaoferowanej ceny.

W związku powyższym Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się bezpodstawnego zaniechania wezwania konsorcjum Eksametr do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wobec czego zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 należało uznać za niepotwierdzony i podlegający oddaleniu.

Skład orzekający Izby uznał za bezzasadny argument Przystępującego IDM wyrażony w toku rozprawy, że w razie oddalenia zarzutów dotyczących konsorcjum Eksametr odwołanie nie będzie mogło być uwzględnione, gdyż Odwołujący - jako wykonawca który złożył dopiero trzecią najkorzystniejszą ofertę - nie będzie posiadał interesu we wniesieniu odwołania.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że interes we wniesieniu odwołania badany jest na chwilę jego wniesienia, nie wyrokowania (por. np. KIO 2353/18). Ponadto, Zamawiający prowadzi niniejsze postepowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej opisanej w art. 24aa ustawy Pzp, co oznacza, że najpierw dokonuje oceny ofert a następnie weryfikuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia jedynie u wykonawcy składającego ofertę najkorzystniejszą. W takiej sytuacji odwołujący nie jest zobowiązany do stawiania zarzutów w odniesieniu do oferty z drugiego miejsca - gdyż dopiero po skutecznym podważeniu pierwszej oferty i uznaniu za najkorzystniejszą tej z drugiego miejsca, po wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący będzie mógł stawiać zarzuty w zakresie przesłanek wykluczenia i warunków udziału w odniesieniu do pierwotnie drugiego wykonawcy (por. KIO 188/20). Dalej - o możliwości uwzględnienia odwołania decyduje stwierdzenie przez Izbę naruszenia przepisów ustawy, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania - art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Nie budzi wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie taka sytuacja zaistniała - stwierdzono naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, które skutkowało wyborem oferty niezgodnie przepisami ustawy. Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba za zasadny uznała zarzut zmierzający do wykluczenia z postępowania wykonawcy IDM Inwestycje Sp. z o.o. Jednocześnie Izba oddaliła zarzut wycelowany w odrzucenie oferty konsorcjum Eksametr. Należy więc uznać, że odwołanie zostało uwzględnione jedynie w połowie. Mając to na uwadze, Izba uznała, że stosownie do wyniku postępowania, kosztami postępowania w 50% należy obciążyć Zamawiającego i w 50% Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł i koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł,

Łącznie koszty postępowania wyniosły 18 600 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9 300, 00 zł (18 600,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5700 zł (15 000,00 - 9 300,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:

Członkowie: