Sygn. akt: KIO 2129/20

WYROK
z dnia 24 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Piekary Śląskie, z siedzibą Piekary Śląskie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie na rzecz Miasta Piekary Śląskie, z siedzib Piekary Śląskie kwotę 685 zł 00 gr (słownie: sześćset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów noclegu, zgodnie ze złożoną fakturą.

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 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 Katowicach.**

Przewodniczący: .....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Piekary Śląskie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia na remont oczepu wiaduktu w ciągu DK 94 w Piekarach Śląskich. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14.07.2020r. pod nr 561884-N-2020.

W dniu 31 sierpnia 2020r. Odwołujący - Primost Południe Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej- na wyborze oferty wykonawcy- Zakład Usług Budowlanych „W" Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego pozostaje najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez, uznanie oferty W sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji jej wybór podczas gdy oferta w/w podmiotu nie stanowi oferty najkorzystniejszej ze względu na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp- poprzez ich pominięcie, przejawiające się brakiem wykluczenia z postępowania W sp. z o.o., pomimo, że Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, jako że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.
3. art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp poprzez jego pominięcie i brak zbadania czy możliwe jest wyeliminowanie naruszenia zasad nieuczciwej konkurencji w sposób inny niż wykluczenie Wykonawcy mając na uwadze, :że pracownik W sp. z o.o.

brał udział w przygotowaniu postępowania przetargowego.

4.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty, która pozostaje niezgodna z treścią SIWZ.

5.art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp- poprzez brak odrzucenia oferty podlegającej wykluczeniu.

6.art. 7 Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców biorących udział w postępowaniu i brak zachowania zasad uczciwej konkurencji.

7.art. 22a ust. 4 Pzp poprzez brak jego zastosowania i przyjęcie, że udostępnienie zasobów Wykonawcy przez firmę PONTAR P. R. pozostaje realne.

8.art. 90 Pzp- poprzez brak jego prawidłowego zastosowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty W sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia W sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty.

3.wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że W sp. z o.o. nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z brakiem udowodnienia realności udostępnienia przez Pontar P. R. zasobów. Spółka W sp. z o.o. zarówno w przedkładanych zobowiązaniach PUZ (z dnia 03.08.2020 r. jak i 16.08.2020 r.) oraz złożonych w postępowaniu wyjaśnieniach wyraźnie wskazała, iż Pontar P. R. nie będzie realizował części robót budowlanych w ramach podwykonawstwa. Pomimo powyższej niezgodności Zamawiający uznał udostępnienie zasobów PUZ za zgodne z treścią SIWZ, co jednak zdaniem Odwołującego wyraźnie tej przeczy treści SIWZ. Ponadto wskazanie przez oferenta, iż PUZ na zasoby, które powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie będzie realizował robót budowlanych jest niezgodne nie tylko z treścią specyfikacji, ale przede wszystkim z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Przytoczony zapis pozostaje klarowany i nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych. W sp. z o.o. powołała się na zasób Pontar w postaci doświadczenia w realizacji roboty budowlanej nie natomiast na zasoby w postaci posiadanej kadry inżynierskiej. Zatem wskazanie przez Wykonawcę, iż udział Pontar będzie polegał na kierowaniu robotami budowlanymi nie powinien zostać przez Zamawiający uznany za skuteczne i zgodne z przepisami prawa udostępnienie zasobu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że przywołany przez W sp. z o.o. sposób, wykorzystania zasobów również nie jest możliwy do zrealizowania, Pan P. R. będący jednocześnie właścicielem firmy PONTAR P. R. tj. podmiotu udostępniającego zasoby oraz pracownikiem W sp. z o.o. i skierowanym do realizacji inżynierem budowy nie posiada bowiem uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w żadnej ze specjalności. Zgodnie z przedłożonym przez W sp. z o.o. wykazem osób to Pan M. O. zostanie skierowany do pełnienia funkcji Kierownika Budowy.

Mając zatem na uwadze, że firma PONTAR P. R. w ogóle nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia, a Pan P. R. będzie jedynie inżynierem budowy, nie sposób mówić o realnym udostępnieniu zasobów w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający w dniu 05.08.2020 r. wezwał W sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, powołując się na zapis art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie W sp. z o.o. miała możliwość wskazania jakie roboty budowlane wykona firma PONTAR P. R. ewentualnie mogła skorzystać z dyspozycji art. 22a ust 6 ustawy Pzp, czego jednak nie uczyniła. Ewentualnie W sp. z o.o. miała sposobność wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez inny PUZ, czego również nie uczyniła, istotnym bowiem pozostaje, że to po stronie danego wykonawcy leży zobowiązanie do udowodnienia realności udostępnianego zasobu. Zamawiający zobowiązany był zatem do wykluczenia wykonawcy W sp. z o.o., a następnie odrzucenia jego oferty.

Nie bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje również okoliczność, iż Zamawiający zaniechał dokonania czynności wyjaśniających okoliczność możliwości wystąpienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Jak bowiem wynika z dokumentów postępowania autorem dokumentacji projektowej zadania pozostawała firma PONTAR P. R. . Zatem mając na uwadze oświadczenie W sp. z o.o. zamieszczone w piśmie z dnia 07.08.2020 r. stwierdzić należy, że pracownik w/w spółki, a jednocześnie jej Prezes Zarządu oraz jeden ze wspólników (co wynika z treści wpisu w KRS) brał udział w przygotowaniu postępowania. Zamawiający był zatem zobowiązany do zbadania przedmiotowej okoliczności pod względem naruszenia zasad uczciwej konkurencji. W sp. z o.o. mogła mieć bowiem dostęp do informacji, do których nie

mieli dostępu inni Wykonawcy, również wcześniej niż pozostali oferenci posiadała informacje o opisie przedmiotu zamówienia. Nie bez znaczenia dla przedmiotowej okoliczności pozostaje fakt, iż jedynie wartość oferty W sp. z o.o. mieści się w kwocie Zamawiającego, którą zamierza on przeznaczyć na realizację zadania inwestycyjnego oraz fakt, iż oferta ta dalece odbiega od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. W aktach postępowania brak jest jednak jakichkolwiek informacji w przedmiocie badania przez Zamawiającego w/w kwestii. Zamawiający nie podjął także innych kroków zmierzających do wyeliminowania zakłócenia uczciwej konkurencji zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 Pzp. Zamawiający pismem z dnia 05.08.2020 r. wezwał W sp. z o.o. do wyjaśnienia wartość zaoferowanej przez niego ceny ze względu na okoliczność, iż pozostawała ona o 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. W odpowiedzi na powyższe W sp. z o.o. złożyła lakoniczne wyjaśnienia, nie przedkładając żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń (dowodów posiadania na stanie sprzętu oraz urządzeń, na który się powoływała), określenia oszczędności metody wykonania, tańszych materiałów czy usług. Zamawiający, uzyskując tak ogólnikowe wyjaśnienia winien wezwać Wykonawcę do ich uszczegółowienia.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:
Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej sprowadza się do tego, że ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania dotyczących oferty wybranej daje Odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą Izba dopuściła jako dowód w sprawie, ustalono co następuje:

W rozdz. 6 pkt 2 ppkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, wykazali, że:

a. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności krótszy w tym okresie wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie mostu lub wiaduktu lub ich części o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto (Zamawiający dopuszcza wykazanie doświadczenia jw. za pomocą nie więcej niż 2 robót budowlanych opisanych jak wyżej, pod warunkiem, że ich łączna wartość wynosi co najmniej 200 000,00 zł brutto),
b. dysponowali co najmniej 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa.

Zamawiający wskazał, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 2 niniejszego rozdziału SIWZ, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego 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. Zamawiający jednocześnie poinformował, iż „stosowna sytuacja" o której mowa w pkt. 4 niniejszego rozdziału SIWZ wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.
Zamawiający oceni, czy udostępniane 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 i ust.5 pkt. 1 ustawy.
W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane - wykonanie części zamówienia w charakterze podwykonawcy.
Ze zobowiązania lub innych dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów przez inne podmioty musi bezspornie i jednoznacznie wynikać w szczególności:
-zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
-sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
-zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu-zamówienia publicznego,
-czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W ofercie Zakładu Usług Budowlanych „W" sp. z o.o. z dnia 3.08.2020r. oświadczono, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego Pontar P. R. . W pkt 9 oferty oświadczono, że wykonawca nie zamierza powierzyć części zamówienia podwykonawcom.
Do oferty załączono zobowiązanie podmiotu trzeciego Pontar P. R. w zakresie oddania do dyspozycji wykonawcy Zakład Usług Budowlanych „W" sp. z o.o. zasobów w postaci zdolności technicznych - doświadczenia. Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów podano: specjalistyczne doradztwo techniczne. Wskazano, że zasoby są udostępnione na cały okres realizacji zadania - nie będą realizowane prace (brak podwykonawstwa).
W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5.08.2020r. w sprawie wyjaśnienia udziału Pontar P. R. w realizacji przedmiotu zamówienia i wskazania jaki charakter będzie miał udział Pontar P. R. w realizacji remontu oczepu wiaduktu w ciągu DK 94 w Piekarach Śląskich, wykonawca pismem z dnia 7.08.2020r. podał, że „Pan P. R. prowadzący działalność pod nazwą Pontar P. R., jest także pracownikiem firmy Zakład Usług
Budowlanych „W" sp. z o.o. na stanowisku inżyniera budowy/kierownika robót. Był on bezpośrednio zaangażowany w planowanie i bieżący nadzór nad pracami przy realizacji zadania „Modernizacja mostu na rzece Jasienica dla PGE GIEK S.A. Oddział KWB Turów", która to jest przedmiotem oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów tj. zdolności techniczne - doświadczenie.
Pan mgr inż. P. R. jest z wykształcenia inżynierem mostowym i poza realizacją prac budowlanych posiada także bogate doświadczenie w projektowaniu konstrukcji mostowych, a także kubaturowych. Będzie on pełnił funkcję inżyniera budowy i będzie z ramienia Kierownika Budowy odpowiadał na miejscu za organizację budowy i realizację prac przez cały okres trwania budowy. Złożono także zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 14.08.2020r., w którym wskazano jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów: osoby kierujące robotami.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała, że nie zasługuje na uznanie zarzut dotyczący braku realności udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego.
Zgodnie z art. 22a ust. 1 i 2 Pzp Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego 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. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Art. 22 ust. 4 Pzp wymaga, .w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy, aby wykonawcy, na których zdolnościach polega wykonawca, zrealizowały roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zdaniem Izby w analizowanej sprawie zachodzi „stosowna sytuacja", o której mowa w przepisach Pzp, która uprawnia do

uznania, że udostępnienie przez podmiot trzeci Pontar P. R. zasobu w postaci doświadczenia ma charakter realny. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez Zakład Usług Budowlanych „W" sp. z o.o., których Odwołujący nie kwestionował, Pan P. R. jest właścicielem firmy Pontar P. R. oraz Prezesem Zarządu Zakładu Usług Budowlanych „W" sp. z o.o., gdzie jest zatrudniony na stanowisku inżyniera budowy. Trudno zatem o bardziej ścisłe powiązania między spółkami.
W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że nośnikiem zasobu wiedzy i doświadczenia są ludzie/pracownicy. Pan P. P., wykonując zamówienie pn. modernizacja mostu na rzece
Jasienica dla PGE GIEk S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów, w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej nabył doświadczenie polegające na remoncie mostu o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł brutto, spełniającej wymaganie Zamawiającego określone w rozdz. 6 pkt 2 ppkt 3 SIWZ. Nabyte w wyniku realizacji tego zamówienia doświadczenie Pan P. P. udostępnił Zakładowi Usług Budowlanych „W" sp. z o.o., którego jest Prezesem Zarządu i pracownikiem zatrudnionym na stanowisku inżyniera budowy. Możliwość skorzystania z zasobu doświadczenia Pana P. P., który będzie brał bezpośredni udział w realizacji tego zamówienia jako inżynier budowy i będzie nadzorował prace z ramienia kierownika budowy nie budzi żadnych wątpliwości. Przekazanie potencjału ma w tym przypadku charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Pan P. P. będzie pełnił rolę inżyniera budowy bezpośrednio jako pracownik Zakładu Usług Budowlanych „W" sp. z o.o. a zakres zadań spoczywających na inżynierze budowy jest szeroki i obejmuje nie tylko organizację budowy, nadzór ale także jej faktyczną ich realizację. Okoliczność, że firma Pontar nie będzie występowała w charakterze podwykonawcy tego zamówienia nie zmienia oceny dokonanej przez Izbę, skoro Pan P. P. jest bezpośrednio pracownikiem Zakładu Usług Budowlanych „W" sp. z o.o. a nie jego podwykonawcą.

Izba nie podzieliła także argumentacji Odwołującego odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy Zakładu Usług Budowlanych „W" sp. z o.o. z uwagi na to, że pracownik spółki brał udział w przygotowaniu postępowania przetargowego.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlegają wykonawcy, którzy brali udział w przygotowaniu tego postępowania lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brały udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może zostać wyeliminowane w inny sposób, niż poprzez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.
Okolicznością niesporną między stronami jest, że podmiotem sporządzającym dokumentację projektową była firma Pontar P. R., który jest Prezesem Zakładu Usług Budowlanych „W". Jak wynika z wyjaśnień stron. Pan P. P. był asystentem, biorącym udział w sporządzaniu dokumentacji projektowej. Zdaniem Izby, sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie oznacza, że wykonawca taki miał przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania. Samo stwierdzenie tej okoliczności, nie stanowi automatycznej podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby spowodowane zakłócenie konkurencji zostało w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyeliminowane w momencie przekazania pełnej dokumentacji projektowej wszystkim uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego Odwołujący nie kwestionował. W toku rozprawy nie wykazano, że na skutek sporządzenia przez wykonawcę dokumentacji projektowej podmiot ten uzyskał przewagę konkurencyjną, posiadł w szerszym niż inni wykonawcy stopniu wiedzę na temat zakresu przedmiotu zamówienia, która to przewaga nie została usunięta przez przekazanie dokumentacji projektowej wszystkim wykonawcom na równych zasadach.
W ocenie Izby działania, mające na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji mogą zostać podjęte uprzednio przez samego zamawiającego np. przez przekazanie na równych zasadach wszystkim potencjalnym wykonawcom takich samym informacji, które posiada podmiot biorący udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bądź następczo przez wykonawcę przez wykazanie, że jego udział nie zakłóci konkurencji. Izba przychyla się do wyrażanego w orzecznictwie poglądu, iż w sytuacji, gdy zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał działań, mających na celu zniwelowanie zakłócenia konkurencji, wykonawca zostaje zwolniony z konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie. (np. wyrok z dnia 25.10.2018r. Sygn. akt Kio 1974/18, wyrok z dnia 22.10.2018r. Sygn. akt KIO 2038/18). Przywołać należy w tym miejscu także orzeczenie ETS

sygn. C-21/03 C- 4/03 z dnia 3 marca 2005 r., w którym stwierdzono, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaże, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że udzielone przez Zakład Usług Budowlanych „W" sp. z o.o. wyjaśnienia z dnia 7.08.2020r. są na tyle ogólne i lakoniczne, że wymagają dalszego uszczegółowienia. W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na okoliczność, że cena oferty Zakładu Usług Budowlanych „W" sp. z o.o., wynosząca 413 280 zł brutto jest wyższa od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego, która wynosi 259 240,41zł oraz od wartości, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynoszącej 318 865,70zł. Ceny pozostałych dwóch ofert znacznie odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia i wynoszą 953 018,45 (Primost Południe) oraz 1 778 706,81zł (Nowak-Mosty sp. z o.o.). Już samo stwierdzenie różnicy między wartością szacunkową a ceną oferty na poziomie ponad 100tys zł powoduje, że nie sposób uznać, że cena oferty wykonawcy wybranego jest ceną nierealną. Zdaniem Izby, ceny pozostałych ofert przekraczające ok 300 -500% wartość szacunkową zamówienia zostały znacznie zawyżone, co z kolei oznacza, że nie mogą być one miarodajnym wskaźnikiem dla oceny realności wyceny oferty wybranej.
Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp stwierdzając, że cena oferty Zakładu Usług Budowlanych „W" sp. z o.o. jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, wynoszącej 733 834,56 zł brutto, wezwał wykonawcę w dniu 5.08.2020 r. do udzielenia wyjaśnień. Zdaniem Izby udzielone przez wykonawcę w dniu 7.08.2020 r. wyjaśnienia są wystarczające i w pełni odpowiadają na wezwanie Zamawiającego, które ma charakter ogólny, powołujący się jedynie na przepis ustawy Pzp. Wykonawca wyjaśnił, że będzie realizował zadania 2 brygadami czteroosobowymi, osoby zostały zatrudnione na umowę o pracę. Podał, że otrzymał w ostatnim czasie pomoc z PFR, subwencje związane z pandemią Covid19.
Z tych względów Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 a przez brak prawidłowego jego zastosowania nie zasługuje na uznanie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 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. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: