Sygn. akt: KIO 1666/20

WYROK

z dnia 11 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu,

przy udziale:

A. wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1666/20 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy Wojskowego Biura Projektów Budowlanych S.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1666/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych S.A. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wojskowy Zarząd Infrastruktury

w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę

GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Wojskowego Zarządu Infrastruktury

w Poznaniu na rzecz Odwołującego - wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 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 Poznaniu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1666/20

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

Zamawiający - Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego na zadanie 55208 Poznań 12. WBOT, K- 8708 „Przebudowa i rozbudowa infrastruktury podziemnej". Opracowanie programu inwestycji i dokumentacji projektowo-kosztorysowej, nadzór autorski oraz udział w procedurze przetargowej na wykonanie robót

budowlanych (znak postępowania: 37/WZI/20/WIB).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 5 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 087 - 207880.

W dniu 20 lipca 2020 r. wykonawca GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych S.A. [dalej „WBPB"] pomimo tego, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej nie obalają domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska;

2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania WBPB do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. oraz PRODUS S.A. pomimo tego, że z przedłożonych dokumentów nie wynika zakres zasobów udostępnianych przez ww. podmioty Wykonawcy na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia;

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania WBPB do uzupełnienia Jednolitych Dokumentów dla wspólników podmiotu trzeciego DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. pomimo tego, że Wykonawca przedłożył jedynie Jednolity Dokument dla spółki cywilnej, która nie posiada podmiotowości prawnej, a zatem nie posiada statusu wykonawcy w postępowaniu;

4. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania WBPB do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich Wykonawcy tj. DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. i PRODUS S.A., na których zasoby powołuje się Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez WBPB jako oferty najkorzystniejszej;

2. wezwanie WBPB w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. oraz PRODUS S.A. oraz Jednolitych Dokumentów dla wspólników podmiotu trzeciego DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C., a także dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich

Wykonawcy, tj. DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. i PRODUS S.A.;

3. odrzucenie oferty WBPB na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;

4. dokonanie ponownego badania oraz oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał na brzmienie art. 90 ust. 1, ust. 1a ustawy Pzp. Wskazał również na rozumienie pojęcia ceny rażąco niskiej.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez WBPB w sposób ewidentny potwierdzają, że wykonawca ten wykonał kalkulację ceny ofertowej w sposób prawidłowy i zgodny z wytycznymi Zamawiającego określonymi

w Rozdziale XIV ust. 2 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że: „Cena ofertowa musi być ostateczna i musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Cena ofertowa musi również zawierać koszty wykonania usługi wymaganej jakości, w wymaganym terminie włączając w to: koszty bezpośrednie, ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę, ryzyko obciążające Wykonawcę i kalkulowany przez Wykonawcę zysk, wszelkie inne koszty, opłaty i należności związane z wykonaniem usługi.” Innymi słowy - Zamawiający nałożył na wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu dokonanie szczegółowej analizy dokumentacji przetargowej w celu wyspecyfikowania wszystkich okoliczności, które stanowią elementy kosztotwórcze. Elementy te - zgodnie z dyspozycją ww. wymogu Zamawiającego - miały stanowić podstawę do przyjętej kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący stał na stanowisku, że wyjaśnienia WBPB nie potwierdzają, że wykonawca ten w sposób należyty dokonał kalkulacji zaoferowanej ceny, a tym samym nie obalił ww. domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska.

Analiza treści złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, w tym w szczególności okoliczności opisane poniżej, winny prowadzić Zamawiającego do przekonania, że wobec oferty WBPB zachodzą przesłanki odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechując podjęcia działań zmierzających do eliminacji oferty Wykonawcy z postępowania w sposób rażący naruszył dyrektywy płynące z ww. przepisów.

Odnosząc się do treści wyjaśnień WBPB zauważył, że są one ogólnikowe i lakoniczne, nie odnoszą się do żadnych konkretnych okoliczności, które wiązały się z kalkulacją ceny oferty, a także które miały wpływ na możliwość obniżenia kosztów wykonania zamówienia. Wyjaśnienia składają się wyłącznie z kilkunastu ogólnych zdań i twierdzeń - uniemożliwiając tym samym prześledzenie sposobu, na podstawie którego WBPB obliczyło wysokość kosztów wykonania zamówienia. Brak jest podstaw natury prawnej, czy faktycznej, do przyjęcia, że Wykonawca podjął jakąkolwiek próbę dowiedzenia Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena realna oraz uwzględnia wszystkie aspekty związane z wykonaniem zamówienia, które determinować mogą wysokość ceny. Wykonawca na niespełna dwóch stronach odnosi się w sposób hasłowy do okoliczności, które uznał jako podstawę do przyjętych wyliczeń. Nie sposób uznać, że takie działanie czyni zadość dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego takiego rodzaju wyjaśnienia powinny stanowić podstawę do odrzucenia oferty. Na potwierdzenie ww. stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO sygn. akt: 2449/19, KIO 1894/19, KIO 1834/19, KIO 1670/19, KIO 1362/19.

Odwołujący wskazał, że do wyjaśnień nie dołączono żadnych dowodów. Wskazał, że sam Zamawiający w treści wezwania z dnia 07.07.2020 r. wskazał, że oczekuje złożenia dowodów potwierdzających zasadność przyjętej kalkulacji ceny oferty. O tym, że Zamawiający żądał przedstawienia dowodów wynikał fakt, że w treści wezwania ww. fragment jako jedyny z całego tekstu wezwania został pogrubiony. Powyższe - w ocenie Odwołującego - miało zwrócić uwagę Wykonawcy w jakim kierunku powinny zmierzać składane przez niego wyjaśnienia, aby uczynić zadość oczekiwaniom Zamawiającego.

Mając na względzie, że Wykonawca oświadczył, że do realizacji zamówienia zaangażuje dwóch podwykonawców, tj. PRODUS S.A. oraz DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. (vide: pkt 6 formularza Ofertowego), składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej zobowiązany był przedłożyć dowody - oferty handlowe pochodzące od ww. podmiotów potwierdzające wysokość kosztów ich wynagrodzenia z tytułu zaangażowania w wykonanie części zamówienia jako podwykonawców.

Wykonawca nie przedłożył do wyjaśnień żadnych dokumentów, które chociażby uprawdopodabniałyby, że dokonane wyliczenia są prawidłowe.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z wypracowaną w tym zakresie linią orzeczniczą KIO przedstawienie dowodów jest elementem niezbędnym dla obalenia domniemania ceny rażąco niskiej - zatem w analizowanej sprawie brak złożenia jakichkolwiek dokumentów, które chociażby pośrednio wykazywałaby, że zaoferowana przez WBPB cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej skutkować odrzuceniem oferty na podstawie ww. przepisów. Odwołujący przywołał na potwierdzenie ww. stanowiska wyrok KIO 110/20, KIO 5/20, KIO 2332/19, KIO 545/19.

Odwołujący wskazał, że kwestia posiadania przez WBPB doświadczenia w realizacji podobnych zamówień nie stanowi okoliczności właściwej jedynie dla WBPB, ale każdego z oferentów - gdyż z uwagi na określone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu możliwość skutecznej oferty mieli jedynie wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie w realizacji podobnych przedsięwzięć. Zatem każdy z potencjalnych oferentów jako dane wyjściowe do wyliczeń przyjmował dane historyczne powzięte z innych inwestycji, które swoim zakresem były zbliżone do przedmiotowego odwołania. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że to wiedza w ww. zakresie zagwarantowała WBPB możliwość zaoferowania najniżej ceny w postępowaniu, znacząco odbiegając od przyjętych przez Zamawiającego szacunków oraz kalkulacji dokonanej przez konkurentów. Co więcej, jak wynika z treści oferty Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołuje się na doświadczenie podmiotów trzecich, tj. PRODUS S.A. oraz DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. - zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego nie posiada on samodzielnie doświadczenia w realizacji analogicznych zamówień i wprost zadeklarował, że będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia innych wykonawców. Uzasadniał, że wyjaśnienia w ww. zakresie należy poczytywać dwojako: (1) jako wyjaśnienia pozostające

w irrelewantnym związku ze sposobem kalkulacji ceny; (2) stojące w sprzeczności z oświadczeniem zawartym w ofercie.

WBPB wskazała jako czynniki mające istotny wpływ na obniżenie ceny ofert następujące okoliczności:

1. „znajomość kompleksów wojskowych, na których WBPB S.A. w swojej wieloletniej działalności realizowała wiele podobnych opracowań" - jak zostało wskazane powyżej ww. okoliczność pozostają bez wpływu na możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia względem pozostałych oferentów. Co więcej Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zamówienia nie jest budowa obiektu wojskowego jako takiego, ale rozbudowa i przebudowa infrastruktury podziemnej, w tym przebudowa sieci wodociągowej, sanitarnej i deszczowej, cieplnej oraz ciepłej wody użytkowej, więc to wiedza na temat charakteru zamówienia (posiadanie know - how), a nie znajomość przedmiotu działalności odbiorcy robót, może pozwalać na obniżenie kosztów realizacji inwestycji;

2. „możliwość realizacji prac projektowych własnymi siłami biura, gdyż w szczególności w biurze są zatrudnieni projektanci wszystkich branż posiadający uprawnienia wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia" - jak zostało wskazane powyżej Wykonawca zadeklarował realizację zamówienia przy wykorzystaniu podwykonawców (vide: pkt 6 formularza ofertowego Wykonawcy). Wyjaśnienia są w tym zakresie niespójne z treścią formularza ofertowego. Dalej, wskazać należy, że WBPB nie udowodnił, że dysponuje ww. personelem w oparciu o umowy o pracę;

3. „sytuacja rynkowa" - Odwołujący wskazał, że WBPB nie konkretyzuje jakiego rodzaju sytuacja rynkowa daje możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia. Wręcz przeciwnie sytuacja rynkowa, w tym stały wzrost kosztów zatrudnienia, stanowi okoliczność determinującą przyrost wydatków składających się na cenę ofertową, a nie ich obniżenie.
Z uwagi na hasłowe przytoczenie ww. okoliczności wejście w szerszą polemikę z Wykonawcą jest utrudnione.

Odnosząc się do przedstawionej wyceny elementów przedmiotu zamówienia w ujęciu cenowo - rzeczowym, stanowiącym załącznik nr 1 do ww. wyjaśnień [dalej „wycena"] Odwołujący wskazał, że:

1. Wykonawca w Wycenie określił sposób obliczenia kosztów nadzoru autorskiego: „30 pobytów x 800.00 = 18.000 zł" brutto. Natomiast w formularzu ofertowym w pkt c WBPB wskazało, że oferuje „za pełnienie nadzoru autorskiego (30 nadzorów) cenę za 1 nadzór 600 zł brutto", podobnie w zestawieniu cen ofertowych, stanowiącym załącznik 1.1. do Oferty WBPB: „cena 1 nadzoru: 600 zł brutto" (vide: pkt III). Wyjaśnienia w tym zakresie uznać zatem należy za sprzeczne z treścią złożonej oferty;

2. W Wycenie nie wskazano wysokości kosztów zatrudnienia geodety - zgodnie

z Rozdziałem VI ust. 2 pkt 1 lit. c SIWZ. W wykazie osób zdolnych do realizacji zamówienia WBPB wskazało na ww. stanowisko osobę p. S. T. W załączniku 1.1. do Oferty WBPB koszt wykonania aktualizacji podkładów geodezyjnych do celów projektowych została wyceniona na 15.000 zł brutto. W świetle powyższego Wycena jest obarczona istotnymi brakami uniemożliwiającymi przyjęcie, że stanowi ona miarodajne źródło wiedzy na temat sposobu kalkulacji kosztów przez Wykonawcę;

3. W Wycenie nie uwzględniono kosztów związanych z daninami publiczno - prawnymi, do których uiszczania WBPB będzie zobowiązany w związku z zatrudnieniem członków personelu na podstawie umowy o pracę (vide; deklaracja złożona w załączniku nr 6 do Oferty) - Wycena nie zawiera żadnej informacji na temat rozkładu i wysokości kosztów związanych z uiszczeniem składek na ubezpieczenie zdrowotne, społeczne i rentowe, a także zaliczek na PIT. Wynagrodzenie "brutto" w przypadku umów u pracę nie uwzględnia ww. kosztów, zatem brak wkalkulowania w cenę Oferty ww. okoliczności świadczy o tym, że wyliczenie ceny przez WBPB zostało dokonane nieprawidłowo - jest to istotne w szczególności w przypadku, w którym to wynagrodzenie pracowników stanowi główny czynnik terminujący wysokość oferty (vide: pkt II Wyceny) - stanowi istotne niedoszacowanie kosztów realizacji zamówienia;

4. Co więcej w Wycenie w tabeli odnoszącej się do kosztów wynagrodzenia pracowników WBPB przyjął nieprawidłową liczbę miesięcy zaangażowania poszczególnych osób. Wykonawca określił okres zaangażowania od 3 do 6 miesięcy, natomiast zgodnie § 2 pkt 1

wzoru Umowy termin realizacji zamówienia wynosi: „opracowanie Programu Inwestycji

i Dokumentacji Projektowo - Kosztorysowej - 5 miesięcy (do 31.12.2020)

uzyskiwanie decyzji o pozwoleniu na budowę - kolejne 3 miesiące (do 31.03.2021)

udział w procedurze przetargowej na wykonanie robót budowlanych - prawdopodobnie kolejne

3 miesiące nadzór autorski - prawdopodobnie kolejne 2 lata.”

Z powyższego wynika, że Wykonawca znacząco nie doszacował ilości miesięcy, których ilość z prostej logiki i kalkulacji powinna być co najmniej dwukrotnie większa niż deklarowana przez WBPB, a więc rzeczywisty koszt wynagrodzenia pracowników powinien być co najmniej dwukrotnie wyższy niż deklarowany przez Wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że w ww. okoliczności w sposób ewidentny i niebudzący żadnych wątpliwości świadczą o tym, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty WBPB na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie obalają domniemania ceny rażąco niskiej, a wręcz potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie nie zachodzą również przesłanki do tego, aby Zamawiający skierował do Wykonawcy kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Takie uprawnienie jest możliwe w sytuacji, gdy pomimo złożonych wyjaśnień w dalszym ciągu pewne kwestie budzą wątpliwości Zamawiającego. W przypadku wyjaśnień, w których Wykonawca, nawet nie podjął próby obalenia domniemania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skierowanie ponownego wezwania byłoby działaniem niedozwolonym, a Zamawiający byłby zobowiązany powtórzyć od nowa procedurę badania oferty WBPB w tym ww. zakresie. Powyższe stałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż dawałoby WBPB kolejną możliwość złożenia wyjaśnień de facto ponownie w tym samym zakresie.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału VIII ust. 2 lit. c SIWZ. Wskazał, iż Wykonawca WBPB przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie PRODUS S.A., w którym wskazano, że ww. spółka oddaje Wykonawcy do dyspozycji zasoby w postaci „wiedzy i doświadczenia w postaci branży elektrycznej i energoelektrycznej” oraz zobowiązanie DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C., w którym spółka zobowiązuje się oddać WBPB do dyspozycji „wiedzę i doświadczenie w projektowaniu w branży drogowej”. Odwołujący wskazał, że w Wykazie zrealizowanych usług oraz Wykazach osób (zarówno tym na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i na potrzeby kryterium oceny ofert) Wykonawca nie wskazuje czy i które z wymienionych inwestycji zostały zrealizowane przez podmioty trzecie i/lub którzy z członków personelu Wykonawcy stanowią zasoby ww. podmiotów. Brak wiedzy w ww. zakresie uniemożliwia dokonanie procesu badania i oceny oferty WBPB w sposób właściwy. Kwestie jaki jest rzeczywisty udział podmiotów trzecich w wykazywanym doświadczeniu pozostaje - na tym etapie - jedynie w sferze domysłów i domniemywań. Zamawiający jako gospodarz postępowania oraz dysponent środków publicznych był zobowiązany dokonać weryfikacji ww. kwestii wzywając Wykonawcę do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich - zwłaszcza w sytuacji, w której przygotowane przez

Zamawiającego wzory ww. Wykazów nie zawierały pozycji, w której Wykonawca byłby zobowiązany złożyć stosowną deklarację w tym zakresie. Nie dokonując tej czynności Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący wskazał na postanowienia rozdziału VIII SIWZ. Następnie wskazał, że wykonawca wraz z ofertą przedłożył Jednolity Dokument dla jednego z podmiotów trzecich - DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA

S.C. W ocenie Odwołującego WBPB był obowiązany złożyć Jednolite Dokumenty dla każdego ze wspólników spółki cywilnej podmiotu trzeciego, co oznacza, że przedłożony wraz z Ofertą dokument jest nieprawidłowy. Uzasadniał, że spółka cywilna nie jest podmiotem praw i obowiązków, lecz ma charakter umowy cywilnoprawnej. Podmiotowość prawną, mają tylko wspólnicy tej spółki, a nie sama spółka. Oznacza to, iż oświadczenie woli, jakim jest Jednolity Dokument, powinno być złożone, przez wspólników spółki cywilnej, a nie przez spółkę. W świetle powyższego, wykonawcą/podmiotem trzecim

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogą być tylko wspólnicy spółki cywilnej, a nie sama spółka. Odwołujący przywołał wyrok KIO 1674/13 oraz KIO 695/17. W świetle powyższego Zamawiający był obowiązany do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakujących Jednolitych Dokumentów dla ww. podmiotu trzeciego. Nie dokonując tej czynności Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W końcu odnosząc się do zarzutu, o którym mowa w punkcie 4 petitum odwołania Odwołujący wskazał na treść art. 22a ust. 3 ustawy Pzp oraz postanowienia rozdziału VIII ust. 2 SIWZ. Uzasadniał, że WBPB był zobowiązany złożyć dla podmiotów trzecich następujące dokumenty:

- aktualny odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji informacji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji (...);

- aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego (...);

- aktualne zaświadczenie terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (.);

- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 ustawy Pzp wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert;

- oświadczenie Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne - załącznik nr 8 do SIWZ.

Wykonawca wraz z ofertą nie przedłożył dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wobec podmiotów trzecich, na których zasoby się powołuje, tj.: DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. oraz PRODUS S.A. Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie wezwał WBPB do uzupełnienia ww. dokumentów czym uchybił dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazania wymaga, że Zamawiający nie przeprowadził procedury weryfikacyjnej czy wobec ww. podmiotów nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 września 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Zamawiający podniósł, że załączona do wyjaśnień WBPB wycena elementów przedmiotu zamówienia w ujęciu rzeczowo finansowym stanowi dowód z dokumentu, o którym mowa w przepisie art. 245 w zw. z art. 254 k.p.c. Złożenie przez WBPB powyżej wskazanego dowodu zaspokaja wymogi formalne określone w treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz w treści wezwania Zamawiającego z dnia 07.07.2020 r. W tym stanie WZI za oderwane od stanu faktycznego niniejszej sprawy uznaje twierdzenie Odwołującego, że do wyjaśnień „nie dołączono żadnych dowodów". WZI wskazał ponadto, że stanowisko Odwołującego przedstawione w treści odwołania jest niekonsekwentne a nawet można ocenić, że wewnętrznie sprzeczne. WZI wskazuje, że Odwołujący potwierdza, że do wyjaśnień złożonych przez WBPB został dołączony dokument zawierający wycenę elementów przedmiotu zamówienia w ujęciu rzeczowo-finansowym natomiast na stronie 10 odwołania Odwołujący zaprzecza, że przez WBPB został złożony dowód. WZI stoi na stanowisku, że dokonał prawidłowej oceny przedstawionych mu dokumentów bowiem: 1) brak jest prawnych podstaw do przyjęcia, że Zamawiający jest uprawniony do stawiania odmiennych wymogów w zakresie kwalifikowania dokumentu jako dowodu niż przyjmuje to procedura cywilna; 2) Zamawiający nie może traktować dowodu z dokumentu prywatnego jako takiego, który nie spełnia wymogów określonych dla dowodu w przepisach ustawy Pzp, w tym w szczególności w art. 90 ust.3 ustawy Pzp. Zamawiający

wskazał, iż w treści odwołania nie zostały zawarte wyjaśnienia uzasadniające tezę, że dokument prywatny nie stanowi dowodu w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, dlatego Zamawiający został pozbawiony możliwości szerszego odniesienia się do twierdzeń Odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że wystąpił o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jedynie dla wypełnienia wymogu formalnego wynikającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający w oparciu o posiadane doświadczenie własne jak i wiedzę przekazaną przez inne podmioty działające w strukturach Ministerstwa Obrony Narodowej jest pewny, że WBPB może wykonać przedmiotowe zamówienie za zaoferowaną cenę. W ocenie WZI oferta WBPB nie jest taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie w pierwszej kolejności w niniejszej sprawie, należałoby rozważyć czy nie mamy do czynienia z wyjątkiem, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, a wezwanie o wyjaśnienie nie było w istocie czynnością zbędną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikłą z nadmiernej dbałości Zamawiającego o literalne wypełnienie zapisów ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający stał na stanowisku, że wyjaśnienia WBPB i ich ocenę przez Zamawiającego należy rozważać w kontekście wezwania Zamawiającego. W treści wezwania nie zawarto szczegółowych pytań, na jakie wykonawca powinien był odpowiedzieć, a jedynym wyrażonym wprost w piśmie oczekiwaniem Zamawiającego było wyjaśnienie czy cena niższa o 30 % od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia jest ceną rażąco niską i przedstawienie dowodu. WBPB udzielił wyjaśnień jak też przedstawił wymagany dowód.

Zamawiający odnosząc się do twierdzeń Odwołującego oświadczył, że poddał badaniu wyjaśnienie WBPB zgodnie z ustawowymi wymaganiami. Przedstawione przez wykonawcę informacje oraz dowody nie potwierdziły faktu, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską i przekonały WZI, że nie zostały wypełnione przesłanki odrzucenia oferty złożonej przez WBPB. Ustalone w oparciu o dokumenty złożone przez WBPB stanowisko Zamawiającego o braku rażąco niskiej ceny potwierdzają dodatkowo dokumenty, które WZI uprzednio posiadał takie jak: protokół należytego wykonania umowy nr 180/2016/D dn. 22.09.2016 r., szacunkowa wycena zadania przez Zamawiającego oraz ogłoszenie

o zamówieniu nr 85699-2016. Analiza posiadanych dokumentów nastąpiła z należytą skrupulatnością, gdyż w interesie WZI nie jest udzielanie zamówienia podmiotowi oferującemu ceny nierealistycznie niskie.

Zamawiający wskazywał na charakter prac projektowych jako usług intelektualnych, których ceny na rynku charakteryzują się znaczną rozbieżnością (na co Zamawiający posiada własne doświadczenie), zarówno co do różnic pomiędzy cenami ofertowymi jak i ich relacją do wartości przedmiotu zamówienia. Różnice w wycenie mogą wynikać z przyjętych rożnych metod wyceny jak i wysokości oczekiwanego zysku. W obecnych realiach rynku usług projektowych ich wartość jest wyłącznie własną oceną indywidualną poszczególnych wykonawców, gdyż w chwili obecnej nie obowiązują żadne wskaźniki obliczania cen za prace projektowe i średnie ceny projektów kształtują się dużo niżej niż podają publikacje organizacji architektów i projektantów.

Zamawiający zaprzeczył ocenie przedstawionej przez Odwołującego wskazując, że ma ona charakter subiektywny, w sytuacji gdy faktem jest dołączenie przez WBPB do wyjaśnień dokumentu spełniającego wymogi uznania go za dowód w postępowaniu. Wojskowy Zarząd Infrastruktury badając zagadnienie rażąco niskiej ceny posłużył się złożonym w sprawie dowodem z dokumentu prywatnego.

Zamawiający podnosił, że ustawodawca nie ograniczył możliwości wyjaśnienia rażąco niskiej ceny poprzez postawienia zakazu co do powoływania się w treści wyjaśnień na posiadane przez wykonawcę doświadczenie, jak też nie wskazał, że doświadczenie nie może być czynnikiem wpływającym na wysokość zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do kwestii sytuacji rynkowej Zamawiający wskazał, że twierdzenie Odwołującego dotyczące braku wpływu sytuacji rynkowej na koszty realizacji (co jako uzasadnienie przyjętych kosztów nadmienia WBPB w swoim wyjaśnieniu) usług budowlanych w ostatnim okresie jest nietrafne. Z analiz prowadzonych w ostatnim okresie postępowań przetargowych na realizację tego typu usług wynika zauważalny trend zmiany występującej w okresie ostatnich 3 lat sytuacji związanej z systematycznym wzrostem kosztów wykonania. Zamawiający wyraźnie zauważa proces spowolnienia wzrostu kosztów wykonania usług budowlanych a nawet zauważalną tendencję do obniżenia kosztów ich realizacji. Na tę sytuację prawdopodobnie w ocenie Zamawiającego ma wpływ m.in. sytuacja epidemiologiczna oraz zauważalne zmniejszenie ilości inwestycji budowlanych. Tendencja ta

na poziomie Zamawiającego przejawia się także zwiększeniem ilości ofert składanych w prowadzonych procedurach przetargowych, zwiększeniem ilości korzystnych cenowo ofert (nie przekraczających wycen szacunkowych planowanych nakładów na realizację), występowaniem coraz większej ilości postępowań przetargowych rozstrzygniętych które w poprzednich edycjach były unieważniane ze względu na wysokość ofert znacznie przekraczających wysokość planowanych wydatków.

Co do znajomości kompleksów wojskowych Zamawiający podał, że w ocenie komisji przetargowej która wzięła pod uwagę dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego we współpracy z WBPB przy realizacji innych inwestycji, dla których na przestrzeni ostatnich kilku lat dokumentację projektową to biuro projektowe opracowywało DP nie bez znaczenia dla prawidłowego przebiegu procesu projektowego jest znajomość kompleksów wojskowych w tym zasad dostępu, układu organizacyjnego jednostek wojskowych, instytucji i komórek organizacyjnych Sił Zbrojnych zajmujących się obsługą administrowanych zasobów nieruchomości, znajomość obowiązujących w Siłach Zbrojnych przepisów resortowych dotyczących różnych dziedzin w tym norm obronnych, regulaminów, wytycznych itp. w tym dostęp do nich uzyskany na przestrzeni lat realizacji usług związanych z opracowaniem dokumentacji projektowej oraz wykazana umiejętność ich stosowania stanowi „wartość

dodaną" i bezpośrednio wpływa na prawidłowy i płynny przebieg procesu projektowego co tym samym korzystnie wpływa na możliwości ich obniżenia oraz umożliwia terminową realizację.

Zamawiający odnośnie twierdzeń zawartych w punkcie 27 odwołania wskazał, że:
Tiret 1 - oczywista pomyłka nie mająca wpływu na cenę ofertową,

Tiret 2 - Zamawiający uznał, że koszt pracy geodety którego zatrudnienia Zamawiający nie wymagał został uwzględniony w części „koszty pośrednie",

Tiret 3 - Zamawiający uznał, że daniny publiczno-prawne zostały uwzględnione w wycenie kosztów pracy (wynagrodzenia) poszczególnych projektantów branżowych oraz w pozycji „koszty pośrednie",

Tiret 4 - w ocenie Zamawiającego zarzut dotyczący błędnego określenia przez WBPB okresu realizacji jest niezasadny i nietrafny. Odwołujący doskonale wie, że zaangażowanie składu projektowego na poszczególnych etapach realizacji procesu projektowego jest nierównomierny i nieuzasadnionym jest jakiekolwiek porównywanie intensywnego okresu wytworzenia dokumentacji do etapu oczekiwania na uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę (termin administracyjny) czy też okresu pełnienia nadzoru autorskiego. Takie twierdzenie może wprowadzić w błąd. Zaangażowanie składu zespołu projektowego w etapy następujące po wykonaniu DP jest minimalne i zależne jedynie od wkładu pracy w prawidłowe wykonanie dokumentacji.

W zakresie zarzut zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Zamawiający wskazał, iż zarzut jest bezpodstawny. Uzasadniał, że nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia zobowiązań, ponieważ Wykonawca przedłożył w ofercie zobowiązanie podmiotów trzecich DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. oraz PRODUS S.A., z których jednoznacznie wynika, że Firma DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. udostępnia zasoby osobowe w zakresie wykonania dokumentacji projektowej w branży drogowej, z kolei Firma PRODUS S.A. udostępnia zasoby osobowe w zakresie wykonania dokumentacji projektowej w branży elektrycznej i energoelektrycznej, co znajduje potwierdzenie w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Zamawiający, nie wyjaśniał informacji zawartych w wykazie zrealizowanych usług, ponieważ w tym zakresie WBPB nie powoływało się na podmioty trzecie, wykazane zadania były zrealizowane wyłącznie przez WBPB (załączony wykaz wraz z referencjami). W Wykazie osób Zamawiający wymagał jedynie wskazania, którym z pracowników dysponuje firma wyłącznie w przypadku składania ofert wspólnie, a nie w sytuacji posiłkowania się zasobami podmiotów trzecich. Z załączonych do oferty dokumentów Zamawiający w sposób czytelny mógł ocenić rzeczywisty udział podmiotów trzecich, poprzez oddanie do dyspozycji potencjału osobowego w postaci projektantów w branżach drogowej oraz elektrycznej i elektroenergetycznej.

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Zamawiający wskazując na niezasadność zarzutu przywołał treść art. 25a ust. 5 ustawy Pzp i podniósł, że z jego treści jednoznacznie wynika, że zamawiający może żądać jednolitego dokumentu od podwykonawców - nie jest to warunek konieczny. Jednolity dokument podwykonawcy składa wykonawca, jeżeli zamawiający tego wymaga. Dalej Zamawiający wskazał, że w instrukcji wypełniania JEDZ opracowanej i zamieszczonej przez Urząd Zamówień Publicznych czytamy: „Wykonawca może zlecić wykonanie zamówienia bądź jego wyodrębnionej części podwykonawcy chyba, że zamawiający dokonał stosownego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy lub ma zastosowanie art. 36a ust. 2a. W sytuacji, gdy wskazane zastrzeżenie nie zostało dokonane przez zamawiającego a wykonawca zamierza zlecić wykonanie całości bądź części zamówienia podwykonawcom, zakreśla on w formularzu odpowiedź „Tak",

wskazując jednocześnie wykaz proponowanych przez siebie podwykonawców i identyfikując ich. Informacje o podwykonawcach zawarte w tym miejscu formularza JEDZ służą podmiotowej weryfikacji wykonawców (poprzez sprawdzenie podwykonawców). Jeśli zamawiający nie weryfikuje podwykonawców pod kątem braku istnienia podstaw do wykluczenia (nie przewidział takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu) wykonawcy także powinni udzielić odpowiedzi w tym miejscu formularza dotyczącej podwykonawców. W takiej sytuacji jednak wykonawcy nie mają obowiązku składania odrębnych formularzy JEDZ dla wskazanych przez siebie podwykonawców". Wobec braku wymogu składania przez wykonawcę dokumentu JEDZ dla podwykonawców, Zamawiający ww. zarzut uważał za bezzasadny.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 4. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że zarzut jest niezasadny. Uzasadniał, iż dokonał oceny braku podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 13 - 22 i ust. 5 Pzp na podstawie oświadczeń zawartych w ofercie. W ocenie Zamawiającego, brak podstaw do stwierdzenia, aby powyższe stanowiło naruszenie któregokolwiek z przepisów Pzp. Zdaniem Zamawiającego konstrukcja par. 5 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w sprawie udzielenia zamówienia, daje uprawnienie do fakultatywnego wyboru żądania wskazanych tam dokumentów, co znalazło potwierdzenie w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 26.05.2017r. (KIO/KU20/17). Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma prawo żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Taki zapis ma zapobiegać gromadzeniu nadmiaru dokumentów przez Zamawiającego oraz nakładaniu na wykonawców obowiązku dostarczania dokumentów zbędnych dla rozstrzygnięcia postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza w przytoczonej powyżej Uchwale, zwraca uwagę, że z art. 25 ust. 1 nie wynika, że Zamawiający nie mógłby dokonać badania braku podstaw do wykluczenia na podstawie oświadczeń złożonych przez wykonawcę.

Istota i zakres udostępniony zasobów przez podmioty trzecie dotyczy potencjału ludzkiego, nie jest związane stricte z kondycją podmiotów udostępniających. Niejako udostępnienie z jakim mamy do czynienia dotyczy osoby i właściwości projektanta, a projekt budowlany utwór stanowiący przejaw twórczości autora, konkretnej osoby a nie przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego zasadnym byłoby weryfikacja braku podstaw do wykluczenia poprzez wezwanie do przedłożenia dokumentów w przypadku posiłkowania się zasobami w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Zamawiający przedstawił również wyjaśnienia w zakresie zawyżenia wyceny szacunkowej inwestorskiej realizacji przedmiotu zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 20 i 21 lipca 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych S.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 23 lipca 2020 r. po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 22 lipca 2020 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami, ofertę Przystępującego WBPB, pismo wzywające Przystępującego WBPB do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 7 lipca 2020 r., wyjaśnienia Przystępującego

WBPB z dnia 8 lipca 2020 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 lipca 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron

1 Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 września 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do treści rozdziału VII SIWZ, w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach określonych w art. 24 ust 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1,

2 i 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem VIII SIWZ, w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

- 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 usługę, której wskazane zdolności dotyczą.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni Zamawiającemu, że realizuje zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ).

Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomicznej, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia 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 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4.

Stosownie do treści rozdziału VIII SIWZ: Jednolity Europejski Dokument Zamówienia składany wraz z ofertą: aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE (dalej JEDZ). Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania.
W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia formularz JEDZ składa każdy z Wykonawców. Dokumenty te potwierdzają brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje brak podstaw wykluczenia.

w przypadku, podmiotów trzecich:

- JEDZ podmiotu trzeciego składa Wykonawca, jeżeli powołuje się na jego zasoby w celu wykazania spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji,

- JEDZ powinien być wypełniony w zakresie, w jakim Wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego,

- JEDZ powinien dotyczyć także weryfikacji podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego,

- dotyczy zarówno sytuacji, gdy podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą, w trakcie realizacji zamówienia, jak i sytuacji gdy takim podwykonawcą będzie,

w przypadku podwykonawców:

- dotyczy podwykonawców wskazanych przez Wykonawcę, którym Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia,

- JEDZ podwykonawcy składa Wykonawca.

Zgodnie z rozdziałem VIII ust. 3 SIWZ, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawca winien przedłożyć wraz z ofertą:

1. aktualny odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji informacji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji (.);

2. aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego (.);

3. aktualne zaświadczenie terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (.);

4. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert;

5. oświadczenie Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne - załącznik nr 8.

Zgodnie z rozdziałem XIV ust. 2 SIWZ, cena ofertowa musi być ostateczna i musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Cena ofertowa musi również zawierać koszty wykonania usługi wymaganej jakości, w wymaganym terminie włączając w to: koszty bezpośrednie, ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę, ryzyko obciążające Wykonawcę i kalkulowany przez Wykonawcę zysk, wszelkie inne koszty, opłaty i należności związane z wykonaniem usługi.

Zgodnie z punktem 1 lit. c wzoru oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) wykonawca obowiązany był podać cenę za pełnienie nadzoru autorskiego (30 nadzorów), w tym cenę za 1 nadzór oraz łączny koszt nadzorów.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców, tj. WBPB z ceną 801 400 zł, Odwołujący z ceną 983 300 zł, SAFEGE S.A.S z ceną 833 940 zł oraz Mosty Katowice Sp. z o.o. z ceną 1 672 185 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert stanowiła 1 072 706,25 zł. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o VAT wynosiła 1 156 200 zł.

Z powyższego wynika zatem, iż cena oferty wykonawcy WBPB stanowiła 75% w stosunku do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz 69% względem wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Wykonawca WBPB w formularzu oferty za pełnienie jednego nadzoru autorskiego podał cenę 600 zł brutto, łączny koszt nadzorów stanowił 18 000 zł brutto. Analogiczne kwoty wykonawca WBPB podał w punkcie III załącznika nr 1.1 - Zestawienie cen ofertowych. Jednocześnie w punkcie II. 1 załącznika nr 1.1 aktualizacja podkładów geodezyjnych do celów projektowych została wyceniona przez wykonawcę na kwotę 15 000 zł brutto.

W punkcie 6 formularza oferty WBPB wskazało, iż zamierza realizować zamówienie przy udziale podwykonawców: 1. DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. branża drogowa oraz 2. PRODUS S.A. branża elektryczna.

Wykonawca WBPB wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. PRODUS S.A., w którym wskazano, że ww. spółka oddaje wykonawcy do dyspozycji zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w projektowaniu w branży elektrycznej i energoelektrycznej w zakresie powierzonych do wykonania prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej - kosztorysowej na zasadzie podwykonawstwa. Jednocześnie WBPB wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. DKS PRACOWNIA S.C., w którym wskazano, że ww. spółka oddaje wykonawcy do dyspozycji zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w projektowaniu w branży drogowej w zakresie powierzonych do wykonania prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej - kosztorysowej na zasadzie podwykonawstwa.

Wykonawca WBPB złożył załącznik nr 4 do SIWZ, w którym jako osobę z uprawnieniami projektowymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej - drogowej wskazał

p. D. M.-Sz., a jako osoby z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w

specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji

i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych podał p. P. P. oraz p. I. S.

W dniu 7 lipca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 oraz 1a ustawy Pzp wezwał WBPB do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w przypadku gdy 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. Zamawiający wskazał, iż zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny 801 400 zł brutto, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 8 lipca 2020 r. wykonawca WBPB złożył wyjaśnienia ceny oferty wskazując, że: „cena oferty została prawidłowo skalkulowana i stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia z uwzględnieniem wszelkich kosztów oraz doliczeniem własnej marży.

Czynnikami mającymi istotny wpływ na obniżenie ceny oferty były w szczególności:

- znajomość kompleksów wojskowych, na których WBPB S.A. w swojej wieloletniej działalności realizowała wiele podobnych opracowań,

- możliwość realizacji prac projektowych własnymi siłami biura, gdyż w biurze zatrudnieni są projektanci wszystkich branż posiadający odpowiednie uprawnienia, wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- sytuacja rynkowa.

Ponadto, spółka w ostatnim okresie wykonała wiele podobnych opracowań projektowych, włącznie z bieżącymi realizacjami, dla Inwestorów wojskowych (także dla WZI Poznań), stanowiących części składowe przedmiotowego zamówienia. Ceny umowne, za które opracowywaliśmy poszczególne zadania, były wyznacznikiem ogólnej kwoty przyjętej w przedstawionej przez spółkę ofercie.

Realizacja podobnych usług projektowych przez spółkę pozwala na zastosowanie przyjętych własnych rozwiązań technicznych, które wpływają na oszczędność wykonania zamówienia. Są to zatem warunki sprzyjające do wykonania zamówienia przez spółkę.”

Do wyjaśnień wykonawca załączył wycenę elementów przedmiotu zamówienia w ujęciu rzeczowo - finansowym ilustrującą koszty realizacji zamówienia w aspekcie poszczególnych etapów projektowych. Z ww. dokumentu wynikało, że na cenę ofertową w wysokości 801 400 zł brutto składają się:

- koszty wynagrodzeń osób uczestniczących w wykonaniu zadania wraz z narzutami: 414 000 zł,

- koszty nadzoru autorskiego: 30 pobytów x 800,00 = 18 000 zł,

- koszty pośrednie 249 400 zł: skalkulowane koszty wykonania projektu tj.: art. biurowe, koszty delegacji, uzgodnienia, rzeczoznawcy,

- zysk ok. 15% - 120 000 zł.

Jednocześnie WBPB przedstawił tabelę zawierającą miesięczny koszt oraz czas trwania pracy nad projektem osób opracowujących dokumentację:

1. branża konstrukcyjna - stawka za mc 10 000 x 3 mce = 30 000 zł

2. branża drogowa - stawka za mc 12 000 x 6 mcy = 60 000 zł

3. branża sanitarna - 2 osoby - stawka za mc 15 000 x 2 x 6 = 180 000 zł

4. elektryczna - 2 osoby - stawka za mc 12 000 x 2 x 6 = 144 000 zł.

W dniu 10 lipca 2020 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy WBPB. Oferta Odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Za uzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych S.A. pomimo tego, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej nie obalają domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści 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, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r.;

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz

5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie zlub 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 (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, iż brak jest po stronie zamawiającego automatycznego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, gdy zostanie spełniony jeden z mierników, o którym mowa w ww. przepisie. Zatem ocena zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty winna być dokonywana ad casum, bowiem w okolicznościach danej sprawy zamawiający może nie skorzystać z wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o ile rozbieżność między ceną oferty a ubruttowioną wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W tym miejscu podkreślić należy, iż odstąpienie przez zamawiającego od wezwania wykonawcy w ww. trybie winno mieć charakter wyjątkowy i nie może być intepretowane w sposób rozszerzający.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy

podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wezwał wykonawcę WBPB do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, ponieważ cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Izba podkreśla, iż konsekwencją wezwania wystosowanego przez Zamawiającego pismem z dnia 7 lipca 2020 r. było powstanie domniemania, iż zaoferowana przez wykonawcę WBPB cena oferty jest ceną rażąco niską, a obowiązkiem wykonawcy, było obalenie tego domniemania w złożonych wyjaśnieniach, pod rygorem odrzucenia oferty. W tym miejscu wskazać należy, iż za nieuzasadnioną na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznała argumentację Zamawiającego dotyczącą rozważenia, czy w niniejszej sprawie Zamawiający nie miał do czynienia z wyjątkiem, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, a wezwanie o wyjaśnienie nie było w istocie czynnością zbędną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikłą z nadmiernej dbałości Zamawiającego o literalne wypełnienie zapisów ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż zadaniem Izby jest ocena działań (zaniechań) zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie hipotetyczne rozważania, czy czynność wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty była zbędna, czy też nie. Jeżeli w okolicznościach tej sprawy Zamawiający uważał, iż zachodzi wyjątek, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, to winien dać temu wyraz w dokumentacji postępowania sporządzając stosowną notatkę z prac komisji przetargowej i odstąpić od wezwania wykonawcy WBPB do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny. Skoro jednak Zamawiający wezwał wykonawcę WBPB do złożenia stosownych wyjaśnień i przedstawienia dowodów, to zadaniem Izby jest ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowości zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WBPB. Co więcej, jak przyznał Zamawiający w toku rozprawy, rozważania komisji przetargowej co do błędu w szacunku zamówienia nie zostały odzwierciedlone w żadnym dokumencie postępowania o udzielenie zamówienia i zaktualizowały się dopiero po udzieleniu wyjaśnień przez wykonawcę WBPB. Wziąwszy pod uwagę powyższe, rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało zatem ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę WBPB wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska.

Zdaniem Izby analiza treści wyjaśnień wykonawcy WBPB z 8 lipca 2020 r. w zakresie ceny oferty nie pozwala na ich pozytywną ocenę w kontekście braku podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego lektura złożonych przez wykonawcę WBPB wyjaśnień prowadzi do wniosku, iż wykonawca nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożonych przez wykonawcę WBPB wyjaśnień nie można uznać za wyczerpujących, wszechstronnych, a przez to obalających domniemanie ceny rażąco niskiej. Izba wskazuje, iż złożone przez wykonawcę WBPB wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty były lakoniczne, hasłowe, często podnoszone przez wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne jak np. kwestia doświadczenia zdobytego podczas realizacji innych inwestycji. Izba wskazuje, iż jakakolwiek doświadczenie wykonawcy WBPB zdobyte podczas realizacji podobnych zamówień należy uznać za ważkie w procesie kalkulacji ceny oferty, to nie jest to jednak czynnik właściwy jedynie dla WBPB, ale dla każdego z wykonawców zainteresowanych niniejszym postępowaniem z uwagi na sformułowane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonawcy. Jednocześnie zauważyć należy, iż wykonawca WBPB nie wyjaśnia w piśmie z dnia 8 lipca 2020 r. jakie przyjęte rozwiązania techniczne - wypracowane podczas wykonywania innych zamówień - wpłynęły na oszczędność wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odnośnie kwestii „sytuacji rynkowej" słusznie wskazał Odwołujący, że wykonawca WBPB nie rozwinął ww. hasła, nie skonkretyzował jaką sytuację rynkową miał na względzie wykonawca. Z kolei stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w ww. zakresie nawet gdyby uznać za słuszne, nie stanowiło wyjaśnień ceny oferty złożonych przez WBPB, lecz przemyślenia Zamawiającego.

W kwestii argumentacji wykonawcy WBPB dotyczącej możliwości realizacji prac projektowych własnymi siłami biura, ponieważ w biurze zatrudnieni są projektanci wszystkich branż posiadający odpowiednie uprawnienia budowlane dostrzec należy niespójność stanowiska Przystępującego z treścią złożonego oświadczenia co do zaangażowania podwykonawców w zakresie wykonania dokumentacji projektowej w branży drogowej oraz elektrycznej. W tym miejscu wskazać również należy, iż z treści złożonych wyjaśnień nie wynika jakie koszty poniesie ww. wykonawca w związku z zamiarem powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, o czym stanowi art. 90 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Słusznie także podnosił Odwołujący, iż wykonawca WBPB nie przedstawił kosztów wynagrodzenia geodety, który stanowił podstawowy personel wymagany przez

Zamawiającego. Za nieuzasadnione należy uznać stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że koszt pracy geodety został uwzględniony przez wykonawcę w kosztach pośrednich, podczas gdy nie wynika to z treści złożonych wyjaśnień.

Izba wskazuje, iż nie bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy pozostaje fakt, iż wykonawca WBPB nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających sposób zbudowania ceny ofertowej zawarty w załączonej do wyjaśnień wycenie elementów przedmiotu zamówienia w ujęciu cenowo - rzeczowym. Poza dość ogólną kalkulacją własną - stanowiącą oświadczenie własne wykonawcy, które można traktować co najwyżej jako integralną część wyjaśnień, obarczoną zresztą matematycznymi błędami jak w przypadku kosztów projektanta w branży drogowej (w przypadku kosztów nadzoru autorskiego można mówić o omyłce pisarskiej) wykonawca WBPB nie przedstawił żadnych dowodów umożliwiających weryfikację dokonanych wyliczeń zawartych w owej wycenie. W takiej sytuacji nie można skutecznie zbadać poszczególnych elementów cenowych, jeśli wykonawca nie przedstawia Zamawiającemu, przyjętych do kalkulacji ceny oferty, założeń. Innymi słowy, nie sposób zbadać, czy przyjęte przez danego wykonawcę wyliczenia są rzetelne, wiarygodne, w sytuacji gdy wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających sposób zbudowania poszczególnych elementów kosztotwórczych, poprzestając na własnych oświadczeniach w tym zakresie.

Co więcej Izba wskazuje, iż przedłożone przez wykonawcę WBPB jako dowód zestawienie wynagrodzeń poszczególnych projektantów zaangażowanych do realizacji niniejszego zamówienia nie było spójne z zestawieniem złożonym Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonując analizy ww. dokumentów wskazać należy, iż z dowodu złożonego podczas rozprawy wynika, iż wykonawca WBPB w branży konstrukcyjnej przewidział dwóch projektantów, których suma wynagrodzenia w skali miesiąca (5 000 zł brutto + 2 375 zł brutto z 4 etatu = 7 375 zł brutto) nie odpowiadała kwocie 10 000 zł podanej w załączonej do wyjaśnień ceny oferty kalkulacji dla jednej osoby. Następnie Izba wskazuje, iż ze złożonego dowodu obrazującego zestawienie wynagrodzeń wynika, iż wykonawca WBPB przewidział do realizacji zamówienia trzech projektantów w branży sanitarnej, których łączny miesięczny koszt wynagrodzenia stanowił 10 000 zł, podczas gdy z wyceny dołączonej do wyjaśnień wynika, że nad projektem miały pracować dwie osoby z ww. branży a stawka miesięcznego wynagrodzenia została określona na kwotę 15 000 zł dla każdej osoby. Kolejno Izba zauważa, że w przypadku osób wskazanych na stanowisko projektantów w branży elektrycznej z przedłożonego dowodu wynika, iż wykonawca WBPB zamierzał zaangażować do wykonania zamówienia trzy osoby, których łączne wynagrodzenie w skali miesiąca wynosiło 16 750 zł. Z kolei z wyceny elementów przedmiotu zamówienia dołączonej do wyjaśnień z dnia 8 lipca 2020 r. wynika, że w branży elektrycznej dokumentacja projektowa zostanie opracowana przez dwie osoby, których miesięczne wynagrodzenie wyniesie 24 000 zł (2x12 000 zł). Jednocześnie Izba zauważa, iż wykonawca WBPB nie wskazał w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, że poszczególnym projektantom będzie przysługiwała premia przez cały okres trwania zadania, jak również nie wskazywał na jej wysokość. Powyższe okoliczności potwierdzają, że sporządzona przez Przystępującego WBPB wycena złożona Zamawiającemu była nierzetelna, mimo że łączny koszt wynagrodzenia projektantów dedykowanych do realizacji zamówienia był tożsamy w obu dokumentach.

Odnosząc się do złożonych przez Przystępującego aneksów do umów o pracę dla sześciu projektantów oraz umowy z dnia 18 sierpnia 2020 r. oraz z dnia 13 kwietnia 2018 r. wskazać należy, że ww. dowody nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Izbę. Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny, muszą być znane Zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po to aby Zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia. Nie jest właściwym działanie wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokłada należytej staranności w składaniu wyjaśnień i dowodów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podejmując stosowne działania i intensyfikując wysiłek w zakresie skompletowania dowodów mających uwiarygadniać jego stanowisko dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą. Co więcej, słusznie wskazał Odwołujący, iż umowa z dnia 18 sierpnia 2020 r. została zawarta po terminie składania ofert, zatem nie mogła zostać wzięta pod uwagę podczas wyceny oferty przez WBPB.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż wykonawca WBPB nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny ofert, przez co w konsekwencji nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta wykonawcy WBPB podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WBPB do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. oraz PRODUS S.A. pomimo tego, że z przedłożonych dokumentów nie wynika zakres zasobów udostępnianych przez ww. podmioty wykonawcy WBPB na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Wykonawca WBPB wraz z ofertą złożył zobowiązanie PRODUS S.A., w którym wskazano, że ww. spółka oddaje Wykonawcy do dyspozycji zasoby w postaci „wiedzy i doświadczenia w postaci branży elektrycznej i energoelektrycznej" oraz zobowiązanie DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C., w którym spółka zobowiązuje się oddać WBPB do dyspozycji „wiedzę i doświadczenie w projektowaniu w branży drogowej".

Izba wskazuje, iż analiza treści złożonych przez WBPB zobowiązań podmiotów trzecich wraz z wykazem wykonanych zamówień (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ) prowadzi do wniosku, iż przedłożone zobowiązania nie dotyczyły udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ, bowiem warunek ten samodzielnie spełnił wykonawca WBPB, co potwierdza treść załącznika nr 3 do SIWZ oraz złożone referencje. Wobec tego, iż poza ww. warunkiem udziału w postępowaniu, wykonawcy obowiązani byli wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego (rozdział VI ust. 1 pkt 2 lit. c tiret drugie SIWZ), złożone przez WBPB zobowiązania podmiotów trzecich mogły dotyczyć jedynie udostępnienia zasobów osobowych.

Izba wskazuje, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego oraz WBPB, iż na podstawie załączonych do oferty dokumentów Zamawiający w sposób czytelny mógł ocenić zakres udostępnionych wykonawcy WBPB zasobów podmiotów trzecich. Słusznie podnosił Odwołujący, że na podstawie analizy wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz zobowiązań podmiotów trzecich nie sposób wywieść, którzy z członków personelu wykonawcy WBPB stanowią zasoby ww. podmiotów, a brak wiedzy w tym zakresie uniemożliwiał dokonanie procesu zbadania sytuacji podmiotowej wykonawcy WBPB

w sposób właściwy.

Co więcej, stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego WBPB w toku rozprawy przed Izbą potwierdziło, że dokonana przez Zamawiającego czynność weryfikacji sytuacji podmiotowej ww. wykonawcy nie została przeprowadzana w sposób poprawny. Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą wyjaśnił, iż na podstawie posiadanego doświadczenia we współpracy z WBPB przy realizacji innych zamówień zasadą jest, że wykonawca „wypożycza pracowników". Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż na podstawie oświadczenia podmiotu DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C., w którym spółka zobowiązuje się oddać WBPB do dyspozycji „wiedzę i doświadczenie w projektowaniu w branży drogowej" oraz treści załącznika nr 4 do SIWZ ustalił, że ww. podmiot udostępnia zasoby kadrowe w postaci p. D. M.-S. wskazanej do realizacji zamówienia jako osoba z uprawnieniami projektowymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej - drogowej. Analogicznie Zamawiający ocenił zobowiązanie podmiotu PRODUS S.A. oraz treść załącznika nr 4 do SIWZ w zakresie udostępnionej WBPB wiedzy i doświadczenia w branży elektrycznej i energoelektrycznej.

Jakkolwiek powyższą analizę Zamawiającego można byłoby uznać za prawidłową w odniesieniu do udostępnienia zasobów osobowych dotyczących p. D. M.-S. zważywszy na to, iż wykonawca obowiązany był wykazać w ramach warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. c tiret drugie SIWZ, iż dysponuje jedną osobą do realizacji niniejszego zamówienia w branży inżynieryjnej - drogowej, to w przypadku osoby posiadającej uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nie było to możliwe z uwagi na to, że Zamawiający oczekiwał wykazania się przez wykonawcę dwoma osobami posiadającymi ww. uprawnienia budowlane. Stąd też na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego - PRODUS S.A. nie można było ustalić w sposób niebudzący wątpliwości, czy podmiot ten oddaje do dyspozycji WBPB zasoby

osobowe dotyczące p. I. S. oraz p. P. P., czy też udostępnione zostają kwalifikacje zawodowe jednej z ww. osób.

Izba zauważa, iż złożone w toku rozprawy przez Zamawiającego oraz Przystępującego WBPB wyjaśnienia co do zakresu udostępnianych zasobów osobowych w przypadku osoby posiadającej uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych były sprzeczne.

Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą wyjaśnił, iż jego zdaniem PRODUS S.A. udostępnił wykonawcy WBPB zasoby osobowe dotyczące p. P. P. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż udostępnienie zasobów kadrowych nie dotyczyło p. I. S., ponieważ według posiadanej przez Zamawiającego jest to pracownik WBPB. Z kolei wykonawca WBPB wyjaśnił, że „wypożycza p. S. i p. M.",

a nie p. P. P., który jest obecnie pracownikiem wykonawcy.

Powyższe potwierdza, iż analiza złożonych przez WBPB zobowiązań podmiotów trzecich nie została przeprowadzona w sposób rzetelny, gdyż oparta została na domniemaniach co do zakresu udostępnionego potencjału kadrowego (poszczególnych członków personelu wykonawcy), w dodatku niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy ustalonym podczas rozprawy.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie jakim dotyczył zobowiązania podmiotu trzeciego - PRODUS S.A. potwierdził się. Izba nie nakazała jednak Zamawiającemu wezwania wykonawcy WBPB na podstawie art.

26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. oświadczenia z uwagi na okoliczność, iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Za uzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania WBPB do uzupełnienia Jednolitych Dokumentów dla wspólników podmiotu trzeciego DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. pomimo tego, że Wykonawca przedłożył jedynie Jednolity Dokument dla spółki cywilnej, która nie posiada podmiotowości prawnej, a zatem nie posiada statusu wykonawcy w postępowaniu.

Bezspornie wykonawca WBPB załączył do oferty JEDZ DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. podpisany przez jednego ze wspólników spółki cywilnej, tj. p. D. M.-Sz.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego, iż zważywszy na okoliczność, że spółka cywilna nie jest podmiotem praw i obowiązków, lecz ma charakter umowy cywilnoprawnej, a zatem podmiotowość prawną mają wspólnicy tej spółki, a nie sama spółka, koniecznym było złożenie JEDZ przez wszystkich wspólników spółki cywilnej.

Jednocześnie za nietrafione należało uznać stanowisko Zamawiającego podniesione w odpowiedzi na odwołanie, który powoływał się na treść art. 25a ust. 5 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, tj. w sytuacji gdy wykonawca WBPB powoływał się na zasoby innych podmiotów zastosowanie znajduje art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie Co więcej, ww. stanowisko Zamawiającego było sprzeczne z wymogami wynikającym z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział VIII ust. 1 tiret trzecie i czwarte), w której Zamawiający wprost wskazał, iż wykonawca skład JEDZ podmiotu trzeciego, jeżeli powołuje się na jego zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a także w przypadku podwykonawców, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż Zamawiający był obowiązany do wezwania wykonawcy WBPB do uzupełnienia brakujących Jednolitych Dokumentów dla ww. podmiotu trzeciego. Zaniechanie Zamawiającego w powyższym zakresie stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże z uwagi na okoliczność, iż oferta WBPB podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania ww. czynności.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania WBPB do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich wykonawcy, tj. DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. i PRODUS S.A., na których zasoby powołuje się Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Bezspornie wykonawca WBPB nie przedłożył dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich, tj. DKS PRACOWNIA PROJEKTOWA S.C. i PRODUS S.A., na których zasoby się powoływał celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału VIII SIWZ Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomicznej, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia 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 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4.

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia: 1. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji informacji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji (.), 2. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego (.), 3. aktualnego zaświadczenia terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (.), 4. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert oraz 5. oświadczenia Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

Stosownie do treści art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie Zgodnie natomiast z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz.1282), zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych wustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Z powyższych przepisów wynika zatem, iż zamawiający obowiązany jest żądać od wykonawcy polegającego na zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 ww. rozporządzenia, w zakresie w jakim wymagał ich przedstawienia w stosunku do wykonawcy oceniając brak podstaw do jego wykluczenia.

Podnoszona przez Przystępującego WBPB okoliczność, iż w rozdziale VIII SIWZ Zamawiający nie wskazał, aby wykonawcy byli zobligowani do składania ww. dokumentów w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy swoje zasoby nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku stosowania powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nawet jeżeli SIWZ zawierała uchybienia w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż podniesiony przez Odwołującego ww. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy WBPB do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich jest zasadny, z tym jednak zastrzeżeniem, iż dostrzec należy, że Zamawiający nie przewidział badania wykonawcy oraz podmiotu trzeciego w zakresie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, a to na potwierdzenie tej przesłanki zamawiający może żądać m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz aktualnego zaświadczenia terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (zob. uchwała KIO/KD 65/17). Na potwierdzenie obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp właściwym dokumentem jest oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności (§ 5 pkt 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Reasumując, Zamawiający winien wezwać wykonawcę WBPB w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich w zakresie w jakim wymagał ich przedstawienia w stosunku do wykonawcy

oceniając brak podstaw do ich wykluczenia z wyłączeniem aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz aktualnego zaświadczenia terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego wobec braku przewidzenia badania przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Z uwagi jednak na okoliczność, iż oferta wykonawcy WBPB podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania ww. czynności.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury, stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący: .....