Sygn. akt: KIO 769/20

WYROK

z dnia 02 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 kwietnia 2020 r. przez Odwołującego PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. (ul. Narwicka 2D, 80-557 Gdańsk) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Uniwersytet Morski w Gdyni (ul. Morska 81/87, 81-225 Gdynia)

przy udziale Wykonawcy Art Projekt K&M Sp. z o. o. (ul. Strzelnica 2, 83-400 Kościerzyna) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. (ul. Narwicka 2D, 80-557 Gdańsk) i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. (ul. Narwicka 2D, 80-557 Gdańsk) tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Odwołującego PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. (ul. Narwicka 2D, 80-557 Gdańsk) na rzecz Zamawiającego Uniwersytet Morski w Gdyni (ul. Morska 81/87, 81-225 Gdynia) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 769/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersytet Morski w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie dokumentacji projektowej budowy hali

sportowej i akademika Uniwersytetu Morskiego w Gdyni - 2”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 02 stycznia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem OJ/S: 2020/S 001-000584.

Odwołujący PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec następujących czynności: zaniechania wykluczenia wykonawcy ART - PROJEKT K&M sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykazaniu się wykonaniem jednego wielobranżowego projektu budowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze 30.000 m^3, określonego w pkt 6.1 Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia, w związku z niewykazaniem w odniesieniu do wskazanego zadania stanowiącego potencjał podmiotu trzeciego (tj. P. P. & Partnerzy Architekci) spełnienia wymagań Zamawiającego oraz nieudowodnieniem realnego dysponowania udostępnianymi przez podmioty trzecie zasobami w zakresie doświadczenia wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu w Postępowaniu i wyboru oferty w sposób niezgodny z ustawą Pzp; ewentualnie zaniechanie wezwania Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 6.1 SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej samodzielnie bądź przez poleganie za zdolnościach innych podmiotów; niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Art - Projekt K&M sp. z o.o., mimo że oferta tego Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, w tym czynności polegającej na nieprawidłowej ocenie złożonych przez Wykonawcę Art - Projekt K&M sp. z o.o. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Wykonawca Art - Projekt K&M sp. z o.o. nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp; niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Art - Projekt K&M sp. z o.o., mimo że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, a sam podmiot podlega wykluczeniu z Postępowania, co potwierdza dokonanie wyboru w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 22a ust. 2 - 4 i 6 ustawy Pzp w związku z § 9 ust 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegające na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. z Postępowania z powodu niewykazania przezeń spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego mającego stanowić przedmiot udostępnienia zasobów Wykonawcy, poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu zamówienia wykazanego przez podmiot udostępniający (P. P. & Partnerzy Architekci) oraz uznanie wadliwego zobowiązania pisemnego podmiotu trzeciego za prawidłowe, podczas gdy podmiot udostępniający de facto nie udostępnił w wymagany sposób zasobów niezbędnych na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

ewentualnie

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 6.1 SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej samodzielnie bądź przez poleganie za zdolnościach innych podmiotów;
art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę;

art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o., mimo że złożone przez tego Wykonawcę w toku Postępowania wyjaśnienia nie dawały powodu do przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco zaniżona w szczególności zaś wyjaśnienia te nie odwoływały się do wskazanych w Pzp kryteriów, takich jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy;

naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, a zatem - w sposób niezgodny z ustawą oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Art - Projekt K&M sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wykluczenia wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. z Postępowania oraz nakazanie odrzucenia jego oferty.

Ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 6.1 SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej samodzielnie bądź przez poleganie za zdolnościach innych podmiotów; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę; nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert tj. oferty Odwołującego, przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia dysponowania udostępnionym zasobem spoczywa w całości na wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia na podstawie udostępnionych zasobów. Powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć zawsze charakter rzeczywisty, a obowiązek wykazania (udowodnienia) dokonywany przez wykonawcę ma umożliwić podmiotowi zamawiającemu dokonanie pozytywnej weryfikacji podmiotu trzeciego, czyli upewnienie się, że wybrany wykonawca będzie mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia i to w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Jak dalej wskazał Odwołujący, Wykonawca Art - Projekt K&M sp. z o.o. - jedynie przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego. W opinii Odwołującego przedłożone przez Wykonawcę zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. P. P. & Partnerzy Architekci, nie stanowi dowodu na rzeczywiste wykorzystanie danego zasobu na etapie realizacji zamówienia przez Wykonawcę.

Zamawiający pismem z dnia 11 marca 2020 r. wezwał wykonawcę Art - Projekt K&M sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia złożonego pierwotnie zobowiązania podmiotu trzeciego, zwracając się m.in. o wyjaśnienie zakresu współpracy pomiędzy Wykonawcą Art - Projekt K&M sp. z o.o. a podmiotem udostępniającym zasoby, tj. P. P. & Partnerzy Architekci. Wykonawca Art - Projekt K&M sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. wezwanie wskazał, że: „W zakresie zasad udziału w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci, na którego zasobach (zdolności technicznej) wykonawca polega, tj. P. P. & Partnerzy Architekci wyjaśniam, iż P. P. & Partnerzy Architekci będzie realizował usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane na podstawie współpracy z wykonawcą polegającej między innymi na realizacji zamówienia przy wykorzystaniu także zasobów Wykonawcy, tj. w szczególności potencjału kadrowego i technicznego. P. P. & Partnerzy Architekci będzie realizowała zamówienie tj. w szczególności projektował, sprawdzał i nadzorował realizację zamówienia. Na dowód powyższego zostało uprzednio przedstawione zobowiązanie P. P. &

Partnerzy Architekci, w którym zobowiązał się do realizacji usług do których są wymagane te zdolności techniczne”.

W ocenie Odwołującego oznacza to, że Wykonawca Art - Projekt K&M sp. z o.o. jednoznacznie wskazał, że jedynym dowodem, poza ww. wyjaśnieniami, stanowiącymi o realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego oraz dowodem na zakres tej współpracy na etapie realizacji zamówienia - jest złożone wraz z ofertą zobowiązanie P. P. & Partnerzy Architekci. W ocenie Odwołującego Wykonawca Art - Projekt K&M sp. z o.o. nie sprostał wezwaniu Zamawiającego z dnia 11 marca 2020 r. i nie przedstawił wiarygodnych dowodów na okoliczności realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że zasadne jest wykluczenie Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. na podstawie art 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 oraz 22a ust. 2-4 ustawy Pzp i § 9 ust 1 Rozporządzenia, bez możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia i w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego wraz ze złożonymi wyjaśnieniami pismem z dnia 19 marca 2020 r. jest niewystarczające i wadliwe. Zobowiązanie firmy P. P. & Partnerzy Architekci nie przewiduje, że podmiot ten weźmie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, co jest sprzeczne z art 22a ust. 4 ustawy Pzp. W zobowiązaniu jest jedynie mowa o tym, że udostępniający zasoby, będzie „realizował usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane" na podstawie współpracy. Zdaniem Odwołującego jest to niczym innym jak powieleniem przepisów ustawy, a więc służące formalnemu, a nie merytorycznemu spełnieniu zadość wymaganiom ustawy.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu wezwania Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z

o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w przypadku uznania, że wezwanie Zamawiającego z dnia 11 marca 2020 r. oraz odpowiedź Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. z dnia 19 marca 2020 r. nie można kwalifikować, jako przedstawionej w trybie art. 22a ust 6 ustawy Pzp, względnie w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp,

Zgodnie z SIWZ Wykonawca miał obowiązek wykazać, że w ostatnich trzech latach wykonał usługę projektową polegającą na wykonaniu projektu: jednego wielobranżowego projektu budowy hali sportowej o kubaturze minimum 10.000,00 m^3, jednego wielobranżowego projektu budowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze minimum 30.000,00 m^3. Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści oferty Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. wynika, że Wykonawca ten nie wykonał wielobranżowego projektu budowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze minimum 30.000,00 m^3, albowiem wykonawca Art - Projekt K&M sp. z o.o. powołał się na udostępnienie zasobów przez firmę P. P. & Partnerzy

Architekci, która to firma posiada wymagane referencje.

Jak wskazał Odwołujący oznacza to, że żaden z projektantów imiennie wymienionych przez Wykonawcę ART- PROJEKT nie posiada doświadczenia przy projektowaniu obiektów wchodzących w zakres postępowania przetargowego. Żaden pracownik firmy P. P. & Partnerzy Architekci nie jest wpisany w skład zespołu projektowego.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Wykonawca Art - Projekt K&M sp. z o.o. poinformował w odpowiedziach dotyczących rażąco niskiej ceny, iż przy projekcie akademików będzie brał udział jeden architekt tj. właściciel firmy wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o., pan mgr inż. arch. J. K. . Odwołujący wnioskował, że osoby faktycznie posiadające doświadczenie przy projektowaniu obiektów zgodnie z wymaganiami nie będą brać udziału w projekcie. Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika w jaki sposób zasoby podmiotu trzeciego będą wykorzystywane przez Wykonawcę. Zawarte zostało tylko ogólnikowe stwierdzenie „Realizacja usług, do realizacji których zdolności te są wymagane". Zamiast podwykonawstwa wpisana jest relacja - współpraca. Zamiast wskazania części (zakresu) zamówienia jakie wykonać ma podmiot trzeci, jest zawarty zapis, że to podmiot trzeci będzie wykonywać usługę w postaci projektowania budynku zamieszkania zbiorowego (domyślnie - w całości). Powyższe stoi to w sprzeczności z wymogami SIWZ ogłoszonymi przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego zadeklarowana wartość udostępnionych zasobów podmiotu w stosunku do wartości oferty Wykonawcy wskazuje jedynie na udostępnienie referencji, celem formalnego spełnienia wymagań z SIWZ, a nie zasobów w rozumieniu art. 22 ustawy Pzp.

W ofercie Wykonawca Art - Projekt K&M sp. z o.o. podał jako wartość zakresu zamówienia wykonywanego przez podwykonawcę na kwotę 10.000,00 złotych. W związku z powyższym podmiot trzeci za zrealizowanie „zamówienia, tj. w szczególności projektowanie, sprawdzanie i nadzoru nad realizacją zamówienia" otrzyma wyłącznie kwotę 10.000,00 złotych co odpowiada pracy jednego projektanta przez dwa miesiące, według wyceny Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. Przedmiotowe wynagrodzenie zdaniem Odwołującego nie odpowiada zakresowi prac podmiotu użyczającego swoje zasoby. W ocenie Odwołującego kwota 10.000,00 złotych odpowiada jedynie ekwiwalentowi za użyczenie referencji, a nie za udostępnienie potencjału zgodnie z art. 22a ustawy Pzp na zasadach podwykonawstwa. Zdaniem Odwołującego analiza oświadczeń Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. i podmiotu trzeciego, wskazuje na 100% pod wykonawstwo, wbrew kwocie wynagrodzenia.

Powyższe potwierdza także twierdzenia Odwołującego, że osoby zgłoszone do przetargu przez Wykonawcę Art - Projekt K&M sp. z o.o. nie posiadają wymaganego doświadczenia

co potwierdzają wyjaśnienia w procedurze ustalenia rażąco niskiej ceny, w zakresie wynagrodzenia tych osób.

Zdaniem Odwołującego z treści wyjaśnień Wykonawcy Art. - Projekt K&M sp. z o.o. wynika, że cena zaoferowana przez niego zakłada uzyskanie zysku z wykonania przedmiotu umowy. Jednakże wyjaśnienia Wykonawcy co do składników ceny oraz sposobu ich ustalania są ogólnikowe.

Odwołujący wskazał, że nie wiadomo na jakiej zasadzie projektanci zaangażowani przez Wykonawcę będą realizować poszczególne zakresy prac. Wykonawca nie podał, czy projektanci są osobami prowadzącymi działalność gospodarczą, czy też nie. Jedyne co wiadomo to, że osoby te nie będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Jeżeli projektanci prowadzą działalność gospodarczą będą musieli być zatrudnieni jako podwykonawcy (odrębne podmioty). Oznacza to, że Wykonawca wykona przedmiot umowy w 100% posiłkując się podwykonawcami. Wykonawca nie posiada własnych zasobów niezbędnych do wykonania chociażby fragmentu zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że z treści wyjaśnień wynika, że każdy z projektantów otrzymywać będzie wynagrodzenie w takiej samej wysokości. Tymczasem z porównania zakresu branż wchodzących w zakres projektu wynika, że procentowy zakres udziału poszczególnych branż w projekcie będzie różny. Oznacza to, że stawki wynagrodzenia poszczególnych projektantów / relacja zakres - wysokość wynagrodzenia / będą różne. Nie wiadomo jednak na jakiej podstawie wynagrodzenia zostały ustalone.

Odwołujący zauważył także, że Wykonawca nie przedstawił metodologii wyceny wynagrodzenia poszczególnych projektantów / wynagrodzenie od roboczogodziny, katalogu nakładów rzeczowych itp. Nie przedstawił także wyceny dokumentacji wynagrodzenia dla podmiotu który Wykonawcy użyczył swojego potencjału. Wynagrodzenie to miało wynosić 10.000,00 złotych. Tymczasem w piśmie z dnia 25 lutego 2020 r. Wykonawca zawarł oświadczenie: „Po dokładnym przeanalizowaniu SIWZ, wytycznych Zamawiającego, ofert projektantów branżowych i obliczeniu zysku dla naszej firmy potwierdzam wykonanie dokumentacji projektowej za zaproponowaną przez nas kalkulację ceny ofertowej, jako dowód przekazuję oświadczenie o uwzględnieniu wszystkich kosztów". Zdaniem Odwołującego oświadczenie to stoi w sprzeczności z powyższym brakiem w kalkulacji wyceny dokumentacji wynagrodzenia dla podmiotu, który wykonawcy użyczył swojego potencjału.

Odwołujący w argumentacji podniósł także, że nie wykazano także kosztów stałych Wykonawcy, niezbędnych do funkcjonowania wykonawcy jako podmiotu gospodarczego. Koszt najmu jest kosztem stałym i musi być uwzględniony w wycenie. W ocenie Odwołującego Wykonawca ART-PROJEKT koszty stałe przenosi na inne zamówienia.

Ponadto Odwołujący jako koszty stałe wymienił m. in koszty związane z zapewnieniem łączności komórkowej, koszty związane z korzystaniem z pojazdów mechanicznych. Nie wiadomo na jakich zasadach Wykonawca prowadzi związane z prowadzeniem ksiąg rachunkowych/ obowiązkowych dla spółki z o.o. Nie wiadomo także, kto wykonuje u wykonawcy ART-PROJEKT obsługę sekretarską.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia Wykonawcy jednoznacznie wskazują, że nie sprostał wymogom określonym w art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie zweryfikował wyjaśnień Wykonawcy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w ramach warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykazali, że w ostatnich trzech latach wykonali usługę projektową polegającą na wykonaniu: jednego wielobranżowego projektu budowy hali sportowej o kubaturze minimum 10000 m^3, jednego wielobranżowego projektu budowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze minimum 30000 m3.

Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. w zakresie wykonania wielobranżowego projektu budowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze minimum 30000 m3 powołał się na udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci, tj. przez firmę P. P. & Partnerzy Architekci. W treści oferty wskazał, że firma ta będzie podwykonawcą z zadeklarowaną wartością zakresu zamówienia w wysokości 10 000 złotych. Wykonawca przedstawił także zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z treści zobowiązania wynika, że firma P. P. & Partnerzy Architekci oddaje do dyspozycji Wykonawcy Art Projekt K&M sp. z o.o. niezbędne zasoby, tj. zdolność techniczną lub zawodową - obejmującą wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej usługi polegającej na wykonaniu jednego wielobranżowego projektu budowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze minimum 30000 m3 na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na wykonanie

dokumentacji projektowej budowy hali sportowej i akademika Uniwersytetu Morskiego w Gdyni - 2 przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania. W treści zobowiązania określono także charakter stosunku, jaki będzie łączył firmę P. P. & Partnerzy Architekci z Wykonawcą - będzie to współpraca.

19 marca 2020 roku Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. złożył wyjaśnienia, w których wskazał m. in. że w zakresie zasad udziału w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci, firma P. P. & Partnerzy Architekci będzie realizowała usługi, do realizacji których te zdolności

są wymagane na podstawie współpracy z wykonawcą, polegającą między innymi na realizacji zamówienia przy wykorzystaniu także zasobów Wykonawcy, tj. w szczególności potencjału kadrowego i technicznego. Firma P. P. & Partnerzy Architekci będzie realizowała zamówienie tj. w szczególności projektowała, sprawdzała i nadzorowała realizację zamówienia.

Zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Zgodnie z artykułem 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te realizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W ocenie Izby, Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. wykazał, stosownie do dyspozycji powyżej przytoczonych artykułów, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego. Wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto z treści całości złożonych dokumentów wynika, że firma P. P. & Partnerzy Architekci będzie realizowała zamówienie, tj. w szczególności projektowała, sprawdzała i nadzorowała realizację zamówienia. Powyższe wyczerpuje także dyspozycję zacytowanego powyżej art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i potwierdza, że podmiot będzie realizował usługę. Nie można uznać, że Zamawiający nienależycie ocenił spełnienie warunku, gdyż Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. przedstawił dokumenty zgodnie z wymaganiami powyżej cytowanych artykułów. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, z treści zobowiązania wynika, że podmiot trzeci będzie realizował zamówienie. Realizacja będzie miała charakter współpracy Wykonawcy z tym podmiotem. Z wyjaśnień wynika zaś sposób wykorzystania zasobów, tj. projektowanie, sprawdzanie i nadzorowanie realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że z treści dokumentacji wynika, że faktycznym wykonawcą będzie podmiot trzeci korzystający z kadr wykonawcy Art Projekt K&M sp. z o.o., podczas gdy żaden pracownik firmy P. P. & Partnerzy Architekci nie jest wpisany w skład zespołu projektowego. Należy jednak wskazać, że wykaz osób miał na celu przedstawienie osób, które dysponują konkretnymi uprawnieniami i doświadczeniem. Nie wyklucza to okoliczności, że firma P. P. & Partnerzy Architekci będzie brała udział w realizacji zamówienia na zasadzie współpracy, tj. będzie realizowała zadania w ramach projektowania, sprawdzania i nadzorowania realizacji zamówienia. Z treści wyjaśnień Wykonawcy Art Projekt K&M sp. z

o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny nigdzie nie wynika, aby to Pan J. K. miał być jedynym projektantem realizującym zadanie wykonania projektu akademików. W treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 25 lutego 2020 roku Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. wskazał: „Duże doświadczenie także uprzednie zdobyte poza granicami Polski i wiele gotowych rozwiązań zarówno dotyczących hal sportowych zaprojektowanych przeze mnie jak i budynków zamieszkania zbiorowego zaprojektowanych przeze mnie i przez podmiot na którego zdolnościach polegam, pozwala obniżyć koszty wykonania dokumentacji i pełnienia nadzoru autorskiego.” Z powyższego wynika wręcz, że Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. powołuje się na współpracę z podmiotem trzecim i wykorzystanie wspólnego doświadczenia, co przeczy teorii Odwołującego o braku wykazania, iż Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. zamierza wykorzystać zasoby podmiotu trzeciego.

Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia Wykonawcy Art Projekt K&M sp. z o.o., a zatem brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 22a ust. 2 - 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 9 ust 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy w

postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Skoro bowiem złożone przez tego Wykonawcę dokumenty nie były wadliwe, nie zachodziła potrzeba wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 6.1 SIWZ w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący nie dowiódł także, aby zrealizowanie zamówienia przez Wykonawcę Art Projekt K&M sp. z o.o. nie było możliwe za wskazaną cenę.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Zamawiający dwukrotnie wezwał Wykonawcę Art Projekt K&M sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 25 lutego 2020 roku oraz 20 marca 2020 roku.

W treści wyjaśnień z 25 lutego 2020 roku Wykonawca przedstawił także ogólną kalkulację ceny.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia te nie są wyczerpujące i nie dają odpowiedzi na poruszone przez Odwołującego kwestie. Przede wszystkim, zdaniem Odwołującego, nie wiadomo, na jakiej zasadzie projektanci zaangażowani przez Wykonawcę Art Projekt K&M sp. z o.o. będą realizować poszczególne zakresy prac - Wykonawca nie podał, czy projektanci są osobami prowadzącymi działalność gospodarczą.

Należy wskazać, że Odwołujący przedstawił jedynie swoje wątpliwości. Nie wykazał jednak, w jaki sposób wiedza w tym zakresie mogłaby wpłynąć na ocenę złożonych przez Wykonawcę Art Projekt K&M sp. z o.o. wyjaśnień. Ogólne stwierdzenie Odwołującego, że Wykonawca Art Projekt sp. z o.o. nie posiada własnych zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia stanowi tezę Odwołującego, bez wyprowadzenia żadnego wniosku dotyczącego zarzutu rażąco niskiej ceny.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę na wynagrodzenie projektantów i wskazał, że każdy z projektantów otrzymywać będzie wynagrodzenie w tej samej wysokości, choć procentowy zakres udziału poszczególnych branż w projekcie będzie różny. Nadto Odwołujący stwierdził, że nie wiadomo, na jakiej podstawie wynagrodzenia zostały ustalone. Podobnie jak powyżej należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób wiedza w tym zakresie mogłaby wpłynąć na ocenę złożonych przez Wykonawcę Art Projekt K&M sp. z o.o. wyjaśnień. Przede wszystkim nie wykazał, że wynagrodzenie każdego z projektantów nie pozwalało na zrealizowanie przez niego zamówienia. Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. przedstawił kalkulację kosztów. Okoliczność, że nie była ona bardziej szczegółowa nie oznacza, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska. W gestii Odwołującego pozostawało wykazanie nierealności zaoferowanej przez Wykonawcę Art Projekt K&M sp. z o.o. ceny, czy jej składowych, w celu wykazania zasadności zarzutu. Brak przedstawienia konkretnych zarzutów co do zaoferowanej ceny prowadzi do stwierdzenia, że zarzut jest bezzasadny. Powyższe uwagi odnoszą się także do kolejnego ogólnego stwierdzenia Odwołującego, że Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. nie przedstawił metodologii wyceny wynagrodzenia poszczególnych projektantów. Dodatkowo należy zauważyć, że wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny miało ogólny charakter. Udzielając odpowiedzi w dniu 20 marca 2020 roku, Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. zauważył, że Zamawiający nie wskazał, która część wyjaśnień tego Wykonawcy z dnia 25 lutego 2020 roku budzi wątpliwości Zamawiającego lub wymaga dodatkowego rozwinięcia czy uściślenia.

Odwołujący zwrócił także uwagę na brak w kalkulacji wyceny dokumentacji wynagrodzenia dla podmiotu trzeciego.

Należy wskazać, że w treści zacytowanego powyżej art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje się odniesienie do wyjaśnienia ceny całkowitej zamówienia lub

istotnych części składowych tej ceny. Kwota 10 000 złotych (z tytułu wynagrodzenia za pracę podmiotu trzeciego) wobec zaoferowanej ceny 1 015 980 złotych brutto, stanowi niewielką

kwotę. Z całą pewnością nie jest to zasadnicza część zaoferowanej ceny. Należy mieć także na uwadze, że Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. złożył 25 lutego 2020 roku jednoznaczne oświadczenie, że w zaoferowanej cenie ujęte zostały wszystkie koszty konieczne do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, oświadczenie to nie stoi w sprzeczności z kalkulacją, ale ją uzupełnia. Stanowi także potwierdzenie Wykonawcy Art Projekt K&M sp. z o.o. gotowości realizacji zamówienia za wskazaną w ofercie cenę. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że nawet niewskazanie w kalkulacji ww. kwoty spowoduje niemożliwość zrealizowania zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, w szczególności, gdy Wykonawca przewidział zysk z realizacji zamówienia w wysokości ok. 108 tysięcy złotych. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Wykonawca dodatkowo oprócz wskazania wartości zysku, wyodrębnił wynagrodzenie za nadzór.

Ponadto Odwołujący podniósł kwestię braku kosztów stałych Wykonawcy Art Projekt K&M sp. z o.o., niezbędnych do funkcjonowania wykonawcy jako podmiotu gospodarczego. Odwołujący wskazał, że Wykonawca przenosi koszty stałe na inne zamówienie. Odwołujący wskazał także na inne koszty stałe, takie jak np. zapewnienie łączności, czy koszty związane z prowadzeniem ksiąg rachunkowych.

W treści wyjaśnień z 20 marca 2020 roku, Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. wyjaśnił, że: „nie ponosi kosztów zatrudnienia innego personelu, typu sekretarka czy dział księgowy, a bardzo niskie koszty wynajmu siedziby wykonawcy nie dają się zagregować w żadnej z pozycji dla tego konkretnego zamówienia, gdyż stanowią stały koszt funkcjonowania wykonawcy. Wykonawca nie ponosi również żadnych kosztów kredytów, leasingów i innego rodzaju tego typu obciążeń, co dodatkowo pozwala mu oferować stosunkowo niską cenę za realizację zamówienia."

Z powyższych wyjaśnień wynika, że koszt najmu stanowi koszt stały funkcjonowania przedsiębiorstwa, a zatem, jest ponoszony stale, niezależnie od uzyskanego zamówienia. Okoliczność, że nie został on szczegółowo wskazany w treści wyjaśnień nie oznacza automatycznie, że Wykonawca nie będzie mógł zrealizować zamówienia za wskazaną w ofercie cenę. Koszty stałe w postaci np. najmu lokalu, są bowiem ponoszone w ramach działalności przedsiębiorstw. Wykonawca Art Projekt K&M sp. z o.o. przedstawił w trakcie rozprawy fakturę z tytułu usług księgowych na kwotę 2460 zł oraz fakturę z tytułu kosztów dzierżawy pomieszczeń na kwotę 3741,96 zł. Rację ma Odwołujący, że tego rodzaju dowody są spóźnione i powinny były zostać przedstawione Zamawiającemu na etapie wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Jednak przedstawienie tych dowodów potwierdza, że koszty te nie są na tyle wielkie, że nie pozwolą Wykonawcy zrealizować

zamówienia. Odwołujący nie zaprzeczył powyższej okoliczności.

Reasumując, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które pozwoliłyby na jednoznaczne stwierdzenie, że cena w ofercie Wykonawcy Art Projekt K&M sp. z o.o. nie pozwala na zrealizowanie zamówienia. Przedstawione w odwołaniu twierdzenia Odwołującego są wskazaniem na pewne jego wątpliwości, nie zawierają natomiast szczegółowego uzasadnienia, które pozwalałoby stwierdzić, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Art. Projekt K&M sp. z o.o. jest rażąco niska.

W świetle powyższego Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę, jak również art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. Odwołujący nie wykazał, aby złożone przez Wykonawcę w toku postępowania wyjaśnienia dawały powód do przyjęcia, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

W świetle powyższego należało stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Art - Projekt K&M sp. z o.o. Wybór tego Wykonawcy nie stanowił naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

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, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: