

WYROK

Warszawa, dnia 18 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez wykonawcę TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Szpital Pomorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni przy udziale po stronie zamawiającego – wykonawcy BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i 4 i nakazuje zamawiającemu – Szpital Pomorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, oferty BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Szpital Pomorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w 1/2 oraz wykonawcę TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w 1/2 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
4. Zasądza od zamawiającego – Szpital Pomorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni na rzecz wykonawcy TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 9 300,00 zł (dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 3958/24

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Pomorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach przedsięwzięcia „Rozbudowa Gdyńskiego Centrum Onkologii w Szpitalu Morskim im. PCK w Gdyni””, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2024 r. pod numerem 358909-2024.

W dniu 28 października 2024 r. wykonawca TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty wykonawcy BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej „BBC”) jako najkorzystniejszej;
2. zaniechanie wykonania w całości żądania zawartego w odwołaniu KIO 3327/24, tj. odrzucenia oferty BBC, pomimo iż Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie KIO 3327/24,
3. zaniechania czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBC jako niezgodnej z ustawą PZP w zakresie złożenia oświadczenia o

zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy;

4. z ostrożności procesowej – ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazu usług;

5. zaniechania odrzucenia oferty BBC, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

Zarzut 1. Zarzut naruszenia przepisu art. 522 ust. 2 PZP w związku z art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wykonania w całości żądania zawartego w odwołaniu KIO 3327/24,

tj. odrzucenia oferty BBC, pomimo iż Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie KIO 3327/24 i uznał, że BBC nie wykazał samodzielnie spełnienia warunków udziału

w postępowaniu w zakresie wyszczególnionym w pkt. VI pkt. 2, tj. wykazania dwóch [2] zamówień na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto każde zamówienie, a BBC nie wniosło sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania w całości.

Zarzut 2. – zarzut ewentualny – na wypadek nie uwzględnienia zarzutu 1 - Zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania BBC do uzupełnienia Wykazu usług, pomimo iż BBC nie wykazał samodzielnie, że spełnienia warunków udziału

w postępowaniu w zakresie wyszczególnionym w pkt. VI pkt. 2, tj. wykazania dwóch

[2] zamówień na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto każde zamówienie.

Zarzut 3 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust.

1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBC, pomimo że jest ona niezgodna

z przepisami ustawy, tj. z art. 462 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBC jako niezgodnej z ustawą PZP w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy.

Zarzut 4 - Zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP w związku z art. 224 ust.

6 PZP w związku z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny

i zaniechaniu odrzucenia oferty BBC mimo, i wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 PZP, co w konsekwencji powoduje, że oferta wykonawcy BBC jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu

zamówienia, naruszając tym samym zasadę równego traktowania wykonawców, a także wskutek tego, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za

zaaferowaną cenę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania

i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,

2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. odrzucenie oferty BBC;

4. ewentualnie - wezwanie wykonawcy BBC do uzupełnienia wykazu usług;

5. ponowną ocenę ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 2 września 2024r Zamawiający dokonał czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej – wybierając wykonawcę BBC.

W dniu 11 września 2024 wykonawca TPF wniósł odwołanie od przedmiotowej czynności zarzucając Zamawiającemu między innymi:

a) zarzut naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 – 3 PZP w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez BBC jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny;

b) zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania BBC do uzupełnienia Wykazu usług, pomimo iż BBC nie wykazał samodzielnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wyszczególnionym w pkt. VI pkt. 2, tj. wykazania dwóch [2] zamówień na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto każde zamówienie.

W dniu 27 września 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie w całości - nie stwierdzając uchybień w ocenie ofert.

W dniu 30 września 2024 r. Odwołujący ustosunkował się do stanowiska Zamawiającego

w zakresie obu zarzutów – złożył pisemną replikę.

Tego samego dnia, 30 września 2024 r. Zamawiający wniósł drugie stanowisko w sprawie KIO 3327/24 uwzględniając odwołanie w całości.

Następco Zamawiający tego samego dnia dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

1 października 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w oparciu o art. 522 ust 2 Pzp.

2 października 2024 r. (pismem błędnie datowanym na 5 września 2024r.) Zamawiający poinformował o odtajnieniu dokumentów wykonawcy BBC w związku z uznaniem zarzutów w odwołaniu o sygn. KIO 3327/24, jednocześnie zaznaczając, że mogą być one udostępnione dopiero po upływie terminu przewidzianego na wnoszenie środków ochrony prawnej.

15 października 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu odtajnione dokumenty w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy BBC.

16 października 2024 r. Zamawiający dokonał drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej – ponownie wybierając ofertę wykonawcy BBC.

W odniesieniu do zarzutu nr 1, Odwołujący podniósł, że Zamawiający wyraźnie stwierdził, iż uwzględnia odwołanie w całości – w piśmie z dnia 30 września 2024 roku wskazano wnosząc o: 1. umorzenie postępowania w całości – z uwagi na uwzględnienie w całości zarzutów przez Zamawiającego,

Okoliczność uwzględnienia odwołania w całości jest niesporna – gdyż wynika wprost z pisma złożonego przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza umarżając postępowanie KIO 3327/24 jako podstawę prawną wskazała art. 552 ust. 2 PZP – tj. uwzględnienie odwołania w całości.

Zgodnie z przepisem art. 522 ust. 2 PZP – w przypadku uwzględnienia odwołania w całości i braku wniesienia sprzeciwu – Zamawiający wykonuje czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Żądania odwołania były następujące:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Odtajnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu;
4. Odrzucenie oferty BBC;
5. Ewentualnie - wezwanie wykonawcy BBC do uzupełnienia wykazu usług;
6. Ponowną ocenę ofert.

Zamawiający nie wykonał czynności wskazanych w pkt 4 i 5. Jest to zupełnie niezrozumiałe.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z 2.10.2024 r. (błędnie oznaczonym jako pismo z 5.09.2024r.), Zamawiający wskazał ponownie na uwzględnienie zarzutów: Zamawiający – Szpitale Pomorskie Sp. z o.o. informuje w związku z uznaniem zarzutów w odwołaniu złożonym przez TPF Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 3327/24) o dokonaniu czynności odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego – Odwołujący oczekiwał, że Zamawiający w kolejnej czynności odrzuci ofertę BBC, wykonując kolejne żądanie odwołania. Tak się jednak nie stało. Co więcej

w uzasadnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wskazał:

Zamawiający po unieważnieniu wyboru oferty w przedmiotowym postępowaniu w dniu 01.10.2024 r. dokonał nowych czynności w postępowaniu tj. dokonał odtajnienia dokumentacji złożonej

w postępowaniu przez BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, a następnie dokonał ponownego badania i oceny ofert. Powtórna analiza całości dokumentacji postępowania (w tym zapisów SWZ oraz dokumentów złożonych przez Wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa) nie dały podstaw do uznania, iż oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu jako Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału

w postępowaniu w zakresie warunku doświadczenia poprzez skorzystanie z uprawnienia wynikającego z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp. – powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, co ujawnił w ramach Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, a także złożył dla tego podmiotu stosowane zobowiązanie, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, potwierdzające również udział tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że z zupełnie niezrozumiałych przyczyn tym razem Zamawiający nie wspomniał o tym, na co wskazywał poprzednio – nie wspominał o fakcie uwzględnienia

w całości odwołania KIO 3327/24. Wobec uwzględnienia odwołania w całości – Zamawiający był zobowiązany dokonać czynności oceny ofert zgodnie z żądaniem tego uwzględnionego odwołania.

Odwołujący wskazał, że przecież Zamawiający nie był zobowiązany uwzględniać odwołania KIO 3327/24 w całości. Zamawiający mógł uwzględnić wyłącznie zarzut 1 tamtego odwołania i unieważnić czynność oceny ofert, co także

doprowadziłoby do umorzenia postępowania odwoławczego. Takie umorzenie miałoby jednak inną podstawę prawną – art. 568 pkt 2 PZP.

Zamawiający jest profesjonalistą w zakresie zamówień publicznych – zatem doskonale zdawał sobie sprawę, jakie są konsekwencje uwzględnienia odwołania w całości. Nie może obecnie – uchylać się od skutków oświadczeń złożonych w toku sprawy KIO 3327/24.

Odwołujący podkreślił, że jego stanowisko – tj. obowiązek wykonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania – wynika z poglądów Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok z 27 marca 2023 r., sygn. akt KIO 680/23, czy też wyrok z 30 października 2023 r., sygn. akt KIO 3026/23.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 – zarzutu ewentualnego, Odwołujący wskazał, że BBC w złożonej ofercie „Formularz oferty” w pkt. 6 złożył oświadczenie, iż zamówienie zrealizuje samodzielnie.

Jednocześnie do oferty BBC dołączył dokument JEDZ, w którym w ramach sekcji C „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” oświadczył, że będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych w części V.

Do oferty pierwotnie dołączono zobowiązanie podmiotu udzielającego zasoby – firmy BBC Best Building Consultants Nadzory i doradztwo budowlane, gdzie jako zakres udziału przedmiotowego podmiotu wskazano „Podwykonawstwo i doradztwo w zakresie objętym użyczeniem, realizacja usługi, do której udostępnienie doświadczenia jest wymagane”.

Następnie BBC samodzielnie dokonał wymiany podmiotu udzielającego na Juvenes-Projekt Spółka z o.o., wskazując dokładnie taki sam zakres udziału w zamówieniu,

tj. „Podwykonawstwo i doradztwo w zakresie objętym użyczeniem, realizacja usługi, do której udostępnienie doświadczenia jest wymagane”.

Wobec złożenia przez BBC oświadczenia o samodzielnym wykonaniu zamówienia, powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest niedopuszczalne i takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1707/23, wyrok z dnia 6 lipca 2020 roku, sygn. akt KIO 921/20.

Odwołujący podkreślił, że wedle powyższego wobec nie wykazania przez BBC spełnienia warunków udziału wskazanych w VI pkt. 2 SWZ, tj. wykazania dwóch [2] zamówień na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto każde zamówienie, przez wykonawcę BBC, zasadnym jest wezwanie BBC o wykazanie spełnienia w/w warunku samodzielnie, o ile przepis art. 128 ust. 1 PZP będzie miał zastosowanie.

Odwołujący wskazał, że nie jest możliwa zmiana treści oferty poprzez zmianę pkt

6 i wskazanie, że wykonawca będzie wykonywał przedmiot zamówienia z udziałem podwykonawców – byłaby to bowiem niedozwolona zmiana treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu nr 3, Odwołujący wskazał, że BBC w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołał się na zasoby podwykonawcy Juvenes-Projekt Spółka z o.o., zatem zgodnie z art. 117 ust. 2 PZP to podwykonawca Juvenes-Projekt Spółka z o.o. ma obowiązek brać rzeczywisty i konkretny udział w realizacji zamówienia. Mając na uwadze zakres udzielonych zasobów – de facto to podwykonawca Juvenes-Projekt Spółka z o.o. powinna wykonać większą część zamówienia.

Tymczasem w złożonych wyjaśnieniach w zakresie ceny (dalej „Wyjaśnienia RNC”) BBC wskazał wyłącznie na udział podwykonawcy Archifach Group Sp. z o.o. Co więcej – zgodnie z ofertą podwykonawczą załączoną do Wyjaśnień RNC podwykonawca ma wykonać całość zamówienia. Obie w/w firmy w swoich oświadczeniach wskazywały, że wykonają całość przedmiotowego zamówienia. Wynika to bezpośrednio z treści dokumentów:

a) Juvenes-Projekt Spółka z o.o., który spełniając całość wymagań co do warunków udziału

w zakresie doświadczenia, zobligował się w swoim zobowiązaniu do udziału jako podwykonawca w tożsamym zakresie, a więc całościowym.

b) Wykonawca Archifach Group Sp. z o.o. przedłożył ofertę która następnie stała się głównym i jedynym dowodem wykonawcy BBC w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że opracuje całość zadania zgodnie z wymaganiami OPZ w każdej z branż: Architektura, Konstrukcja, Branża sanitarna, Branża elektryczna, Branża drogowa.

Odwołujący podkreślił, że łączne czytanie wszystkich złożonych przez BBC dokumentów, jasno obrazuje, iż sam BBC w ogóle nie będzie brał udziału w realizacji inwestycji, a zamierza je podzlecić któremuś z wykazanych podwykonawców. Z tym, że na przedmiotowym etapie nie wiadomo, który to będzie podmiot. A jeśli będzie to podmiot Archifach Group Sp. z o.o., który został wskazany w Wyjaśnieniach RNC - to nie jest wiadome, czy podmiot ten w ogóle spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niezależnie od powyższego - powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest niedopuszczalne na mocy art. 462 ust. 1 PZP.

Co więcej - zgodnie z art. 17 ust 2 PZP zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś dopuszczenie do realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę jest sprzeczne z ww. zasadą lub co najmniej prowadzi do jej obejścia – co na mocy art. 58 § 1 k.c., stosowanym na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, prowadzi również do nieważności oferty. Stosownie zaś do postanowienia art. 17 ust. 2 PZP zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie można zatem powierzać realizacji zamówienia podmiotowi, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy (nie złożył oferty podlegającej ocenie Zamawiającego we wszystkich jej aspektach, zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych). Powierzenie całości prac podwykonawcy (który swojej oferty w postępowaniu nie składał) stanowi sytuację analogiczną do tej, jak gdyby zamówienie zostało udzielone podwykonawcy – prowadzi więc do naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 ustawy PZP lub co najmniej stanowi próbę jego obejścia – co musi być uznane na mocy art.

58 § 1 k.c. okoliczność prowadzącą do nieważności czynności prawnej (oferty przewidującej powierzenie całości prac podwykonawcy). Kwestię możliwości powierzenia całości zamówienia podwykonawcy była już analizowana przez Sąd Zamówień Publicznych - Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 11/21 wskazał, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Stanowisko powyższe prezentowane jest szeroko również w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 907/23, wyrok z dnia

14 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1492/23; KIO 1527/23 czy wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1388/23. Izba uznała za prawidłową decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy

w sytuacji, gdy wskazany w ofercie zakres prac powierzanych podwykonawcy pokrywał się z całością przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach danego zadania/oferty częściowej. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty BBC. Oświadczenia złożone przez BBC zarówno w dwóch kolejnych zobowiązaniach o udżczeniu zasobów, jak również w Wyjaśnieniach RNC świadczą jednoznacznie o zamiarze powierzenia podwykonawstwa w 100% zakresie. Tożsame stanowisko przedstawia Krajowa izba Odwoławcza w wyroku o sygn. KIO 19/24.

W odniesieniu do zarzutu nr 4, Odwołujący wskazał, że w dniu 26 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BBC do przedstawienia wyjaśnień w zakresie ceny. Zamawiający wskazał w wezwaniu zakres wyjaśnień, jakich wymagał od Wykonawcy:

„udzielnie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy”

Prosimy o szczegółowe wskazanie przyczyn i okoliczności mających wpływ na obliczenie ceny ofertowej podanej w ofercie. Złożone przez Państwa wyjaśnienia wraz z dowodami, mają na celu wykluczenie, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego a także wykluczenie podejrzenia o nierzetelność kalkulacji Wykonawcy grożącą nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem ww. zamówienia lub też świadomego działania w celu złożenia oferty z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznaczałoby to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji dostawy”

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jasno określił, iż w celu wykazania poprawności kalkulacji ceny ofertowej wymaga takich elementów, jak udowodnienie zgodności z przepisami w zakresie prawa pracy oraz wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem części zamówienia podwykonawcy. Na wszystkie przedmiotowe aspekty wykonawca winien

zgodnie z żądaniem przedstawić dowody.

Tymczasem BBC w Wyjaśnieniach RNC ograniczył się do jednego dowodu – złożył wyłącznie ofertę podwykonawczą Archifach Group Sp. z o.o. Tym samym BBC w ogóle nie wykazało zgodności z przepisami w zakresie prawa pracy, w tym minimalnego wynagrodzenia

u podwykonawcy. BBC po prostu pominęło tę kwestię w Wyjaśnieniach RNC. Podkreślić należy, że Wyjaśnienia RNC nie podlegają uzupełnieniu w takim zakresie, w jakim wprost

w wezwaniu wskazano zakres wyjaśnień. Co więcej – przedmiotowa oferta podwykonawcza w ogóle nie jest wiarygodna i nie może stanowić podstawy wykazania prawidłowości ceny – zwłaszcza wobec faktu, że jest jedynym dowodem. Po pierwsze przedmiotowa oferta nie zawiera nawet daty, wobec czego nie można stwierdzić, czy została przygotowana przed złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, czy jest tylko środkiem dowodowym na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jest to tym bardziej istotne, że podmiotem użyczającym zasoby jest inny wykonawca (a dokładnie nawet – 2 kolejnych różnych wykonawców), a jego oferta nie została dołączona do Wyjaśnień RNC. Brak daty na ofercie podwykonawczej jest symptomatyczny.

Dalej Odwołujący wskazał, że przedmiotowa oferta nie wypełnia przesłanek, do których zobligowało BBC wezwanie Zamawiającego. Takich przesłanek nie rozwił również

w Wyjaśnieniach RNC sam BBC, który miał obowiązek szczegółowo opisać wszystkie zagadnienia wskazane w wezwaniu. Jedyne dowód złożony w zakresie Wyjaśnień RNC nie zawiera żadnej informacji odnośnie zgodności z przepisami dotyczącymi 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. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Dowód ten także nie podlega uzupełnieniu.

Odwołujący wskazał także, że kwestia wyjaśniania zaoferowanej ceny wyłącznie poprzez załączenie ogólnikowej oferty podwykonawczej – jako jedynego dowodu, była już przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą - wyrok KIO 2129/23.

Odwołujący podkreślił, że stan faktyczny w/w wyroku i niniejszej sprawy jest tożsamy. BBC złożył ofertę podwykonawcy, w której w ogóle nie wskazano na koszty pracowników, w tym nie

wykazano, że dochowane są wymogi dotyczące minimalnego wynagrodzenia albo że zastosowane stawki są rynkowe.

Jednocześnie na stronie 19 Wyjaśnień RNC BBC przedstawiło drugą metodę kalkulacji ceny oferty – nie wiadomo, jakie ma ona mieć znaczenie, skoro wcześniej wykazał, że będzie posługiwał się podwykonawcą.

BBC wskazał, że wszyscy specjaliści zatrudnieni do realizacji zamówienia będą po prostu zarabiać 50pln za 1 godzinę.

BBC wskazał, że stawka 50 zł netto na godzinę jest określona jako zgodna z rynkowymi wskaźnikami kosztów zatrudnienia i jednocześnie wyższa od minimalnego wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego prawdziwe jest jednak tylko to drugie twierdzenie – że stawka ta jest wyższa niż minimalne wynagrodzenie. Pierwsze twierdzenie, tj. wskazanie, że stawka 50 złotych za 1 godzinę to stawka rynkowa – jest nieprawdziwe. Porównanie wynagrodzenia wysoko wykwalifikowanych projektantów z minimalną stawką godzinową (28,10 zł brutto), ustaloną w Rozporządzeniu Rady Ministrów, jest niestosowne

i nieuzasadnione. Stawka minimalna z całą pewnością nie dotyczy wysoko wyspecjalizowanych specjalistów.

Odwołujący podkreślił, że kalkulacja Wykonawcy, opierająca się na stawce 50 zł/h, przy pomnożeniu przez 168 godzin pracy miesięcznie, wskazuje na wynagrodzenie miesięczne w wysokości 8 400 zł. Taka stawka, choć wyższa niż minimalne wynagrodzenie, nie jest dostatecznie wysoka w kontekście wynagrodzeń specjalistów z branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i drogowej, zwłaszcza w przypadku projektów wymagających wysokiej kwalifikacji oraz odpowiedzialności. W każdym przypadku BBC był zobowiązany dołączyć do Wyjaśnień RNC dowody na fakt, że dysponuje osobami, które za takie wynagrodzenie będą realizować zamówienie. Powinny to być umowy lub co najmniej oświadczenia.

Kwestia obowiązku dołączania konkretnych dowodów, które wykazują wysokość wynagrodzenia specjalistów jest od dawna ugruntowana w orzecznictwie dotyczącym rażąco niskiej ceny. Jako pierwszy wskazał na to Sąd Okręgowy w wyroku XXIII Ga 967/16 – analizując wyjaśnienia ceny, do których nie dołączono żadnych dowodów w zakresie wynagrodzenia, oprócz ogólnych raportów płacowych. Jak wynika ze stanowiska Sądu Okręgowego, wykonawca jest zobowiązany przedstawić sposób szacowania ceny w oparciu o rzeczywiste koszty, jakie ponosi. Tego w Wyjaśnieniach RNC zabrakło. I to pomimo tego, że Zamawiający wyraźnie wezwał o przedstawienie takich dowodów.

Odwołujący wskazał, że bezprzedmiotowym jest również porównywanie stawki godzinowej do wartości jednostki nakładu pracy określonych w Środowiskowych Zasadach Wyceny prac projektowych – BBC na str. 20 Wyjaśnień RNC wskazało: „Przyjęte do kalkulacji cenowej wynagrodzenie za pracę jednego projektanta jest wyższe od stawki za jednostkę nakładu pracy (j.n.p.) przy wycenach prac projektowych i usług inżynierskich dokonywanych na podstawie ŚZWPP ogłoszonej przez Zarząd Rady Koordynacyjnej Biur Projektów, który przyjął następujące postanowienie: „wysokość stawki za

umowną jednostkę nakładu pracy (j.n.p.) przy wycenach dokonywanych w roku 2024 na podstawie Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych, ustala się na $S = 28,70$ zł. W stawce tej nie jest uwzględniony podatek VAT, który nalicza się od wartości świadczonych usług.”

Ponadto, zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. - od dnia 1 lipca 2024r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 28,10 zł brutto.

Dla przejrzystości rozliczeń w zestawieniu uwzględniona została minimalna stawka godzinowa brutto obowiązująca od dnia 1 lipca 2024r. w wysokości 28,10 zł. Przyjęte do kalkulacji cenowej wynagrodzenie za pracę jednego projektanta jest wyższe od wysokości minimalnej stawki godzinowej w roku 2024.”

Wskazana przez BBC stawka za umowną jednostkę nakładu pracy (j.n.p.), ustalona w oparciu

o Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych (ŚZWPP), wynosi 28,70 zł. Jak wynika

z objaśnień do ŚZWPP stawka ta dotyczy wycen usług projektowych dokonywanych na potrzeby określonych inwestycji w roku 2024. Jednakże, zgodnie z objaśnieniami, stawka j.n.p. nie odnosi się bezpośrednio do stawki godzinowej, co oznacza, że nie można jej porównać

w sposób bezpośredni do minimalnej stawki godzinowej określonej przez prawo. Stawki j.n.p. są ustalane w kontekście specyficznych projektów oraz wycen dotyczących całkowitego nakładu pracy a nie godzin pracy danego projektanta. Porównywanie ich do minimalnej stawki godzinowej jest więc niewłaściwe.

Jednostka j.n.p. stosowana w połączeniu z wzorami i tabelami określającymi jednostki miary wyznacza wartość dokumentacji, nie czas potrzebny jej wykonania. Nie można stosować porównania do jednostek miary wskazanych w ŚZPP i minimalnego wynagrodzenia.

Odwolujący wskazał, że BBC powołuje się na średnie wynagrodzenia w branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i drogowej, sugerując, że jego wynagrodzenia są wyższe niż średnie stawki na rynku. Niemniej jednak, brak konkretnych danych lub odnośników do rynkowych raportów wynagrodzeń dla takich specjalistów. Wskazanie jedynie kwoty 50 zł/h netto jako stawki wyższej od minimalnej nie jest dowodem na zgodność wynagrodzenia ze stawkami rynkowymi. Wynagrodzenia projektantów różnią się znacząco w zależności od specjalizacji, lokalizacji oraz skali projektów, a 8 400 zł netto za miesiąc pracy dla specjalisty w tych branżach nie odzwierciedla rynkowej stawki wynagrodzeń, zwłaszcza dla projektantów z doświadczeniem i wymaganymi kwalifikacjami. Również koszt netto pracodawcy, wynoszący 50 zł/h, nie odnosi się do pełnych kosztów związanych z wynagrodzeniem specjalistów.

W ocenie Odwołującego, BBC nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających, że kalkulacja kosztów za pracę projektantów została oparta na rzetelnych danych rynkowych.

W sytuacjach, gdzie kalkulacja kosztów jest kwestionowana, BBC powinien przedstawić szczegółowe dowody dotyczące kosztów pracy i wynagrodzeń personelu.

Odwolujący nadmieniał, że Zamawiający nie może przyjmować za wykonawcę inicjatywy

w dążeniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wobec czego dalsze wyjaśnienia

w przedmiotowym zakresie będą stanowić tylko próbę uratowania wykonawcy i stanowić będą negocjacje.

Odwolujący wskazał na ogólnikowość Wyjaśnień RNC oraz brak dostosowania do przedmiotowego zamówienia.

Odwolujący podkreślił, że przedmiotowe Wyjaśnienia RNC są ogólnikowe i szablonowe, właściwie poza 2 tabelami – mogłyby zostać złożone w każdym dowolnym postępowaniu.

Odwolujący przedstawił w tabeli komentarz do poszczególnych wyjaśnień RNC.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że Wyjaśnienia RNC zostały złożone w oderwaniu od stanu faktycznego postępowania. BBC wkleił tabele do ogólnikowych i standardowych wyjaśnień, nawet nie próbując dostosować ich do wezwania Zamawiającego. Już samo to dyskredytuje złożone Wyjaśnienia RNC i nie pozwala uznać ich za obalające domniemanie rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do sprzecznych oświadczeń BBC o podwykonawstwie Odwołujący wskazał, że przedmiotowe Wyjaśnienia RNC mają datę 31 lipca 2024 roku i wskazują, że jedynym podwykonawcą BBC będzie firma Archifach.

Takie oświadczenie BBC jest sprzeczne z pozostałymi dokumentami oferty:

a) W dniu 18 lipca 2024 roku BBC oświadczyło, że podwykonawcą będzie BBC Best Building Consultants. Nadzory doradztwo budowlane Łukasz Zdziebłowski.

b) W dniu 8 sierpnia 2024 roku BBC oświadczyło, że podwykonawcą będzie Juvenes-Projekt.

Z powyższego wynika, że BBC samo nie wie, kto będzie podwykonawcą. Jest to bardzo istotne, ponieważ BBC nie wykazał, jakie wynagrodzenie ma otrzymać firma Juvenes-Projekt jako podwykonawca. A jednocześnie nie wykazał też, że firma Archifach spełnia warunki udziału w postępowaniu – i może być podwykonawcą. Tej sprzeczności nie da się rozwikłać. Wynika ona z tego, iż BBC po prostu dowolnie zmienia swoje stanowisko – kto i w zamian za jakie wynagrodzenie będzie jego podwykonawcą.

W ocenie Odwołującego, wiadome jest tylko jedno – samo BBC realizować zamówienia nie będzie. Bo zgodnie z art. 117 ust. 2 PZP – nie może, gdyż nie spełnia warunków zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 12 listopada 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów jako bezpodstawnych oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego i opłat skarbowych od pełnomocnictw, według norm przepisanych.

Zamawiający w zakresie zarzutu nr 1 odwołania wskazał, że uznając odwołanie KIO 3327/24, podjął decyzję o odtajnieniu dokumentacji, kwestionowanej jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego. Jednocześnie wraz z uznaniem odwołania unieważnił czynność wyboru

najkorzystniejszej oferty. Uznając zarzut związany z utajnieniem dokumentacji, Zamawiający musiał unieważnić czynność wyboru oferty, aby dokonać dodatkowych czynności w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że jednocześnie mając świadomość tego, iż musi unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, podjął decyzję o przeprowadzeniu ponownie badania ofert przez pryzmat argumentów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu KIO 3327/24

w zakresie zarzutu niespełnienia przez Wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej: BBC Best Building Consultants lub BBC) warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający cofnął ocenę ofert, ale jednocześnie cofnął także etap badania ofert. Zamawiający może bowiem, jeśli uzna, że jest to konieczne dla zbadania prawidłowości złożonej oferty unieważnić każdą swoją czynność

w postępowaniu – nie tylko ocenę, ale także badanie tej oferty. Zamawiający uznał, że nie tylko powinien ponownie pochylić się nad kwestią oświadczenia Wykonawcy o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego i oświadczenia o braku podwykonawstwa, ale winien był dokonać dodatkowej analizy wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Prymat tutaj bowiem wiedzie prawidłowość prowadzonego postępowania. Zamawiający zawsze ma prawo ale i obowiązek naprawić błędy postępowania z własnej inicjatywy po samodzielnym stwierdzeniu błędu. Idąc tokiem rozumowania Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku KIO 1939/10: „W ocenie Izby zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności o ile uzna, że dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. KIO stwierdziła, że w przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, zamawiający utrzymałby taką czynności w mocy pomimo jej oczywistej wadliwości. Nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, że nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami prawa zamówień publicznych”.

Zamawiający podkreślił, że po przeprowadzonym ponownie etapie badania i oceny ofert uznał, że odrzucenie oferty Wykonawcy BBC Best Building Consultants nastąpiłoby z rażącym naruszeniem przepisów prawa, co Zamawiający wyjaśnił szczegółowo w odpowiedzi na Zarzut 2. Z uwagi na fakt, iż realizacja przedmiotowego zamówienia będzie finansowana ze środków Unii Europejskiej, ryzyko zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych i nałożenia korekty finansowej za niezgodne z prawem czynności w postępowaniu, mające wpływ na jego wynik wydaje się wysoce realne. Stąd też Zamawiający cofnął się w swoich czynnościach do etapu badania ofert, skutkiem czego było uznanie braku podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy BBC Best Building Consultants lub wzywania Wykonawcy do złożenia wykazu samodzielnie zrealizowanych usług.

Zamawiający podzielił stanowisko Odwołującego, że uznanie jednego z zarzutów spowodowałoby umorzenie postępowania, względnie oddalenie pozostałych zarzutów jako bezpodstawnych w świetle unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Tak się jednak nie stało, Zamawiający uznał całość odwołania. Zamawiający musiał jednak zważyć, czy odrzucenie oferty BBC Best Building Consultants nie nastąpi z rażącym naruszeniem przepisów prawa, cofnął się do etapu badania oferty i ostatecznie podjął decyzję o ponownym wyborze tej oferty z przyczyn, które przedstawił w odpowiedzi na zarzut nr 2 odwołania.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania Zamawiający wskazał, że w toku ponownego badania ofert, sięgnął do zapisów SWZ wprost przeniesionych z art. 462 ustawy Pzp.

Zapis SWZ rozdziału XXIII został skonstruowany w brzmieniu wprost odnoszącym się do art. 462 ustawy PZP tzn.:

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom.

2. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom podaje informacje o częściach zamówienia, które zamierza powierzyć Podwykonawcy oraz podaje nazwy Podwykonawców w Formularzu Oferty (załącznik nr 1 do SWZ) jeżeli są już znani. Zamawiający zbada, czy wobec wskazanych Podwykonawców niebędących podmiotem udostępniającym zasoby, zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109

ustawy Pzp wskazane w SWZ. Wykonawca w tym zakresie składa oświadczenia, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1 ppkt 1.1 SWZ dotyczące tych Podwykonawców w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu. Konsekwencją tych zapisów jest oświadczenie Wykonawcy składana w Formularzu Oferty w punkcie 6 w brzmieniu:

Zamówienie:

zrealizujemy samodzielnie* /zamówienie w zakresie części:

.....zrealizujemy przy udziale podwykonawcy.....(podać nazwę, jeśli znana na etapie składania oferty)

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu D25M/251/N/26-50rj/24

Jak wynika z wcześniejszych zapisów SWZ, kwestia podmiotu, na zasoby którego Wykonawca zamierza się powołać celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu została odrębnie opisana w SWZ w rozdziale IX WYKONAWCY POLEGAJĄCY NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW. Zapisy tego rozdziału w żadnym z punktów odwołują się do oświadczenia Wykonawcy zawartego w Formularzu Oferty odnośnie podwykonawstwa i obowiązku złożenia takiego oświadczenia w świetle powołania się na zasoby podmiotu trzeciego. Złożone zatem przez BBC oświadczenie o samodzielnej realizacji zamówienia należy odnieść do zapisów art. 462 ustawy Pzp i zapisów rozdziału XXIII SWZ. W tym zakresie

oświadczenie to Zamawiający uznał za złożone prawidłowo, albowiem Wykonawca faktycznie nie przewidywał udziału podwykonawców w rozumieniu art. 462 ustawy Pzp na zasoby, których Wykonawca się nie powołuje. Konstrukcja Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia również na tym polu rozróżnia wskazanie podmiotu na zasoby którego powołuje się Wykonawca a osobno wskazanie podwykonawców na zasoby których Wykonawca się NIE powołuje. Zamawiający zwrócił uwagę, iż czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu BBC do poprawienia JEDZ w zakresie oświadczenia o podwykonawcach przekazana pismem z dnia 21 sierpnia 2024 r. była omyłkowa i zbędna, czego nie zauważył również sam wezwany Wykonawca. Wypełniając część JEDZ odnoszącą się do podwykonawstwa Wykonawca BBC uczynił to prawidłowo, oświadczając iż nie przewiduje podwykonawców na zasoby których Wykonawca się nie powołuje. Błąd ten jednak w ocenie Zamawiającego nie miał dalszego wpływu na wynik postępowania.

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu D25M/251/N/26-50rj/24, pismo Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2024 r. wzywające BBC do uzupełnienia i wyjaśnienia

W odniesieniu do art. 118 ustawy Pzp, z którego brzmienia: wykonawca może

w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji,

w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, wynika, że ustawa PZP w art. 118 in fine ustanawia swobodę, co do wyboru charakteru prawnego stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby. W związku z tym, jeżeli relacja prawna pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem nie będzie spełniać przesłanek wynikających z art. 7 pkt 27 PZP, podmiotu tego nie będzie można uznać za podwykonawcę zamówienia publicznego.

To, że podmiot trzeci składając zobowiązanie wynikające z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp użył sformułowania "podwykonawstwo" nie determinuje, że taki właśnie stosunek prawny będzie wiązał obie strony. Podmiot trzeci w swoim oświadczeniu nie ma obowiązku wskazywania, jaki stosunek prawny obie strony przewidują. W praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy swój potencjał najczęściej przybierze formę podwykonawstwa. Sam jednak ustawodawca nie użył w tym kontekście nigdzie pojęcia „podwykonawca” narzucając formułę udostępnienia zasobów. Zamawiający wskazał, że wydaje się, że celowo i świadomie udział podmiotu trzeciego został w ustawie opisany w sposób pozostawiający pewien margines swobody Wykonawcy – „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.” Stąd też zarzut Odwołującego pojawiający się w uzasadnieniu odwołania odnośnie braku umowy/oferty podwykonawczej wydaje się chybiony.

Ustawodawca nie określa rodzaju stosunku prawnego, jaki ma łączyć strony w przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego. W tym zakresie postawiono na dowolność. Na wykonawcy ciąży jednak obowiązek udowodnienia faktu dysponowania zasobami wskazanego podmiotu. Tym samym stosunek prawny łączący podmioty może wynikać z dowolnej umowy. Nie ma zatem obowiązku, co odzwierciedlają także przepisy ustawy Pzp w zakresie podwykonawstwa oraz konstrukcja JEDZ składania oświadczenia o stosunkach prawnych obu podmiotów – wykonawcy i

podmiotu na zasoby którego wykonawca się powołuje.

„Stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim ma mieć charakter prawny. A contrario stosunek ten nie może mieć jedynie charakteru faktycznego, kapitałowego czy honorowego. Ponadto Zamawiający nie ma przyznanej prawnie możliwości narzucenia rodzaju stosunku prawnego, jaki łączy wykonawcę i inny podmiot. Z jego punktu widzenia istotne jest, aby wykonawca udowodnił, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca zaś i podmiot trzeci mają możliwość ukształtowania łączącego ich stosunku prawnego w dowolny sposób, który prowadzi do udostępnienia zasobów podmiotu wykonawcy dla potrzeb realizacji zamówienia.”/M. Jaworska Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022//M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.

W wyroku z dnia 20 lipca 2018 r., KIO 1336/18, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że „Nieuprawnionym jest twierdzenie, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, koniecznym jest, ażeby podmiot udostępniający zasoby występował w charakterze podwykonawcy. Po pierwsze, taki wymóg byłby niezgodny z ogólną zasadą wynikającą z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp - że dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu można powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem. Po drugie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzecznictwie również takiego wymogu nie formułuje.

Orzecznictwo Izby akcentuje konieczność zapewnienia realnej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci. Jednakże realizacja ta nie musi oznaczać podwykonawstwa”

Zamawiający wskazał, że w przypadku usług projektowych, będących de facto pracą twórczą poszczególnych projektantów, nietrudno zatem sobie również wyobrazić, że udostępnienie doświadczenia mogłoby mieć postać oddelegowania projektantów do realizacji części zamówienia, czy to w formie ich bezpośredniego zatrudnienia, czy też przy ich współudziale z ramienia podmiotu udostępniającego zasób. Zamawiający zwrócił uwagę na wyjaśnienia Wykonawcy BBC w zakresie rażąco niskiej ceny, w których to wyjaśnieniach Wykonawca wprost również wskazuje, że projektanci są zatrudniani na umowy cywilnoprawne i B2B. Per analogia do cytowanego wyżej wyroku KIO doświadczenie w odniesieniu do usług projektowych odnosi się nie tylko do praktycznej znajomości zagadnienia, ale także do umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, których nie da się uzyskać w sposób inny, niż uprzednio osobiście wykonując takie usługi i zdobywając doświadczenie (np. wyrok z dnia 20 grudnia 2013 r., KIO 2846/13). Praca projektanta będzie mocno uzależniona od wielu zewnętrznych czynników decyzji administracyjnych, zmieniających się okoliczności realizacji przyszłej inwestycji. Istnieje zatem realna możliwość, że podmiot udostępniający swoje doświadczenie udostępni je w postaci doświadczonego projektanta, który brał udział w realizacji wcześniejszych zamówień, na które to doświadczenie powołuje się Wykonawca w ramach spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak ta współpraca będzie prawnie uregulowana, czy będzie to umowa o podwykonawstwo, czy inna forma – ustawodawca pozostawia tu swobodę. Nie budzi jednak wątpliwości Zamawiającego, że pomiędzy doświadczeniem, jakie wykazał Wykonawca powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, a udostępnieniem tego doświadczenia w istocie prowadzić będzie do udostępnienia doświadczonych projektantów. Usługa projektowania bowiem to tak naprawdę praca twórcza poszczególnych osób bazująca na ich nie tylko wiedzy, kompetencjach, ale i doświadczeniu.

Obowiązkiem zatem Wykonawcy, który powołuje się na zasób podmiotu trzeciego jest jedynie w takim przypadku udowodnienie Zamawiającemu realności udostępnianego zasobu. Czy będzie to jednak bezpośredni udział tego podmiotu jako podwykonawcy, czy też przybierze to formę np. oddelegowania pracownika posiadającego stosowne doświadczenie w realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia – staje się w tym przypadku drugorzędne, tak jak i drugorzędne dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu ma oświadczenie

o podwykonawstwie. Zamawiający podkreślił, iż realność udostępnionych zasobów nie jest przedmiotem postępowania odwoławczego, a spór de facto dotyczy oświadczenia o braku podwykonawstwa, które to oświadczenie zdaniem Odwołującego niweczy skutki prawne prawidłowo złożonego oświadczenia Wykonawcy o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego i zobowiązania tegoż podmiotu trzeciego jako złożone nieskutecznie z uwagi na nieścisłości związane z oświadczeniem o podwykonawstwie. W ocenie Zamawiającego przywiązywanie w tym wypadku przez Odwołującego tak istotnej wagi do oświadczenia Wykonawcy BBC o braku podwykonawstwa jest kompletnie oderwane od rzeczywistego celu,

jaki osiągać ma w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja powołania się na zasoby podmiotu trzeciego zgodnie z art. 118 Pzp.

Zamawiający wskazał, że przyjmując jednak założenie, że Wykonawca winien był złożyć oświadczenie o powierzeniu części zamówienia podwykonawcy, którym ma być podmiot na zasoby którego wykonawca się powołał, należało rozważyć jakie konsekwencje niesie za sobą takie założenie.

Ustawa Pzp wskazuje jedyny dopuszczalny moment, w którym Wykonawca zamierzający korzystać z cudzego

potencjału, powinien ten fakt zakomunikować Zamawiającemu. Jest to moment składania ofert. Jeżeli Wykonawca tego nie uczyni na tym etapie postępowania, zostanie pozbawiony możliwości powoływania się na cudzy potencjał w dalszym czasie jego trwania. Jednym zatem z elementów skuteczności powoływania się na zasoby podmiotu jest moment przekazania takiej woli zamawiającemu. Nie budzi żadnych wątpliwości, że w tym zakresie Wykonawca BBC dopełnił wszelkich wymogów ustawowych związanych z tym momentem.

W przypadku przedmiotowego postępowania Wykonawca nie uwzględnił zaś oświadczenia o podwykonawstwie w Formularzu Oferty. Oferta zatem zawiera nieścisłości w zakresie deklaracji, co do korzystania z pomocy podwykonawców i podmiotów trzecich. W opinii Zamawiającego błąd taki można usunąć poprzez skorzystanie z uprawnienia wynikającego

z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i potraktować brak takiego zapisu jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Oświadczenie takie Wykonawca może składać, zmieniać, cofać na etapie składania oferty, w toku postępowania, a nawet w toku realizacji zamówienia. Oświadczenie zatem o podwykonawstwie w stosunku do oświadczenia o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego ma charakter wtórny i jego brak na etapie składania ofert nie pociąga za sobą tak istotnych konsekwencji prawnych jak brak oświadczenia o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego na etapie składania oferty. Jedynym wyjątkiem jest nadanie oświadczeniu o podwykonawstwie szczególnego znaczenia w sytuacji zastrzeżenia przez Zamawiającego osobistego wykonania umowy. Ale nie jest to również zakres przedmiotowego odwołania.

Należy pamiętać, że zgodnie np. z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2755/15): „oświadczenie o udziale podwykonawców jest oświadczeniem wiedzy, ma jedynie walor informacyjny, a brak podania tej informacji nie wywołuje żadnych negatywnych skutków prawnych. Nawet zmiana takiego oświadczenia w toku postępowania

o udzielenie zamówienia, nie jest istotną zmianą treści oferty”.

Z kolei w wyroku z 23 grudnia 2022 r. (sygn. akt KIO 3225/22) Izba stwierdziła, że „brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji

o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, jeżeli są już znani, przesądza o jego informacyjnym charakterze. Tym samym, wprowadzanie przez wykonawcę zmian w zakresie podwykonawstwa po terminie składania ofert należy uznać za dopuszczalne, o ile tylko nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego

w zakresie osobistego wykonania zamówienia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2340/22)”.
Artykuł 462 ust. 2 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawcy określenia w ofercie części

zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

W ślad za orzecznictwem ukształtowanym pod rządami ustawy z 2004 r., ale aktualnym

w obecnym stanie prawnym należy przyjąć, że informacja w sprawie zakresu przewidywanego podwykonawstwa nie wyznacza treści oferty, a niedopełnienie obowiązku podania zarówno zakresu, jak i firm podwykonawców nie jest obwarowane sankcją odrzucenia (wyrok KIO

z 2.07.2019 r., sygn. akt KIO 1082/19).

Zamawiający oświadczył, że przy konstruowaniu zapisów SWZ było, aby oświadczenie złożone przez Wykonawcę w treści Formularza Oferty nie dotyczyło sytuacji wynikającej z art. 118 ustawy Pzp odnośnie zakresu, w jakim podmiot trzeci będzie realizował zamówienie i nie jest oświadczeniem o stosunku prawnym, jaki będzie łączył Wykonawcę z podmiotem udostępniającym swój zasób. Z tych też względów, oświadczenie o braku podwykonawców Zamawiający uznał za złożone prawidłowo.

W tym miejscu Zamawiający podtrzymał również argumentację przedłożoną w swojej odpowiedzi na odwołanie KIO 3327/24 odnośnie zarzutu 2 jako aktualną i pozwala sobie zacytować argumentację w tym zakresie w ramach uzupełnienia odpowiedzi na zarzut 2.

Odwołujący uzasadniając podniesiony Zarzut 2, powołał się na orzecznictwo KIO, tj. wyrok KIO 1707/23, który w ocenie Zamawiającego pozostaje niejako w opozycji do innych wyroków rozpatrujących w świetle aktualnie obowiązujących przepisów znaczenie oświadczenia o podwykonawstwie.

Zamawiający przywołał najnowsze orzecznictwo KIO z roku 2024, które w zakresie złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów tego podmiotu dla celów potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wyraziła pogląd, iż oświadczenie dotyczące podwykonawstwa (stanowiące oświadczenie wiedzy, a nie woli) może ulegać zmianom stosownie do okoliczności faktycznych, jak również podlega wyjaśnieniom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sam fakt, że oświadczenie tego rodzaju składane jest w formularzu

oferty nie może przesądzać o charakterze tego oświadczenia.

Uprawnienie Wykonawcy do korzystania z podwykonawców doznaje bowiem ograniczenia jedynie w przypadku zastrzeżenia osobistego wykonania niektórych części zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 121 ustawy PZP Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu D25M/251/N/26-50rj/24 w punkcie XXIII. Zamawiający nie zastrzegł osobistego wykonania części zamówienia przez inny podmiot, aniżeli Wykonawca i zawarł postanowienia, że „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom podaje informacje o częściach zamówienia, które zamierza powierzyć Podwykonawcy oraz podaje nazwy Podwykonawców w Formularzu Oferty (załącznik nr 1 do SWZ) jeżeli są już znani.

Zamawiający zbada, czy wobec wskazanych Podwykonawców niebędących podmiotem udostępniającym zasoby, zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 ustawy Pzp wskazane w SWZ. Wykonawca w tym zakresie składa oświadczenia, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1 ppkt 1.1 SWZ dotyczące tych Podwykonawców w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu.”

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu D25M/251/N/26-50rj/24

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu D25M/251/N/26-50rj/24 w punkcie

IX Zamawiający wskazał ponadto, że:

„1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu D25M/251/N/26-50rj/24

Zapis w SWZ Zamawiającego odzwierciedla ideę udostępnienia zasobów i możliwości korzystania z zasobów przez wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, ustanowioną w Oddziale 3 ustawy PZP w art. 118-123 ustawy PZP.

Zamawiający w tym postępowaniu wykonywał czynności wyłącznie zgodnie z zawartymi

w ustawie przepisami i stosownie do możliwości, jakie daje wykonawcom ta ustawa w zakresie korzystania z zasobów innych podmiotów na potwierdzenie spełniania warunków.

Zamawiający podkreślił, że ustawa PZP nie tylko wprowadziła mechanizm polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale wprowadziła także w art. 122 ustawy - po weryfikacji podmiotu – możliwość zastąpienia go innym podmiotem lub wykazania, że Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału

w postępowaniu.

Jeżeli zatem Wykonawca BBC przedstawił Zamawiającemu na etapie postępowania i po weryfikacji jego oferty podmiot, udostępniający takie zasoby, że potwierdzone zostały warunki udziału w postępowaniu, to zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania BBC do uzupełnienia Wykazu usług, pomimo iż BBC nie wykazał samodzielnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wyszczególnionym

w pkt. VI pkt. 2, tj. wykazania dwóch [2] zamówień na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto każde zamówienie – jest całkowicie niezrozumiały i bezpodstawny.

Dowód: uzupełnienie oferty Wykonawcy BBC (Wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 27.08.2024 r., Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 8.08.2024 r., Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług – Załącznik nr 6 do SWZ, List referencyjny z dnia 14 sierpnia 2024 r., JEDZ Juvenes Projekt Sp. z o.o. w Warszawie) – w dokumentacji zamówienia publicznego

Powyższe zmiany podmiotu udostępniającego zasoby nie pozostają w sprzeczności z treścią innego artykułu 223 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści - a tym samym oferty sensu stricto, dotyczącej przyszłego zobowiązania Wykonawcy, jakie na siebie przyjmie składając ofertę.

Zgodnie z art. 123 ustawy Pzp Wykonawca jedynie nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli

na etapie składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Przepis ten wyraźnie dotyczy jedynie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zaś zakresu podwykonawstwa. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 kwietnia 2024 r. sygn. akt KIO 883/24, KIO 896/24).

Należy przy tym pamiętać, że zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz aktualnym orzecnictwem Wykonawca, aby skutecznie powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, musi taką wolę wyrazić na etapie składania oferty, przy czym w toku postępowania dopuszczalna jest samodzielna zmiana takiego podmiotu przez Wykonawcę na inny lub zobowiązanie do samodzielnego wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO 2719/23 z 05.10.2023 r.).

Taka wola Wykonawcy BBC w niniejszym postępowaniu została wyrażona.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Zamawiający może, ale nie musi wymagać złożenia oświadczenia o podwykonawstwie, co jednoznacznie wskazuje na fakt, iż takie oświadczenie nie może stanowić essentialia negotii oferty i taką wykładnię tych przepisów należy przyjąć.

Jednolity Europejski Dokument Zamówienia przewiduje ona jedynie wskazanie przez Wykonawcę w części II: Informacje dotyczące wykonawcy, C: INFORMACJE NA TEMAT POLEGANIA NA ZDOLNOŚCI INNYCH PODMIOTÓW wska

Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?, co

w kontekście obowiązku złożenia już na etapie składania oferty zobowiązania podmiotu trzeciego stanowi o skuteczności powołania się na zasoby podmiotu trzeciego.

W dalszej zaś części JEDZ Wykonawca składa jedynie oświadczenie o podwykonawcach, ale na zasoby których Wykonawca nie powołuje się w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, uznać należy iż

- powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego wyrażone w JEDZ, aby było skuteczne zgodnie z obowiązującymi przepisami musi nastąpić na etapie składania oferty, albowiem później Wykonawca na takie zasoby powoływać się nie może;
- Wykonawca powołując się na zasoby podmiotu trzeciego przedkłada zobowiązanie takiego podmiotu do udostępnienia mu zasobów oraz składa JEDZ dla takiego podmiotu,
- co do zasady, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, podmiot na zasoby którego Wykonawca się powołał w zakresie robót budowlanych lub usług musi brać udział w realizacji części zamówienia, co wyrażone zostaje w zobowiązaniu tego podmiotu; wymóg ten wynika wprost z przepisów ustawy (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), nie zaś z oświadczenia Wykonawcy o podwykonawstwie;
- powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego z jednoczesnym złożeniem zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów dotyka w istocie materii spełniania warunków udziału w postępowaniu a nie kwestii podwykonawstwa.
- oświadczenie o podwykonawstwie nie ma charakteru oświadczenia woli i może być zmieniane na etapie również prowadzonego postępowania.

Zamawiający wskazał, że z całokształtu złożonych przez Wykonawcę dokumentów, a więc oświadczenia w JEDZ w zakresie podmiotu na zasoby którego powołuje się Wykonawca, przedłożenia JEDZ dla tego podmiotu, a przede wszystkim zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego wprost wynikała rola tego podmiotu jako podwykonawcy w przedmiotowym zamówieniu, w sposób jednoznaczny wskazywały na wolę Wykonawcy powołania się na zasoby podmiotu trzeciego celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Złożone dokumenty wypełniły przesłanki skutecznego powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w oparciu o art. 118 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a w świetle art. 122 ustawy Pzp oraz orzecnictwa, Wykonawca mógł samodzielnie zmienić podmiot na zasoby którego się powoływał z chwilą złożenia oferty. Zdaniem Zamawiającego tylko w tym zakresie należy wywodzić prawidłowość przedłożonych dokumentów. W ocenie Zamawiającego, złożenie oświadczenia o podwykonawstwie, będące de facto oświadczeniem wiedzy i nie stanowiącym istotnego elementu oferty, które w przedmiotowym postępowaniu sprzeczne było ze złożonym skutecznym zobowiązaniem - podmiotu trzeciego, wymagało jedynie wyjaśnienia, jako zaistniała w złożonej dokumentacji rozbieżność. Wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 27.08.2024 r., Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 8.08.2024 r., Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług – Załącznik nr 6 do SWZ, List referencyjny z dnia 14 sierpnia 2024 r., JEDZ Juvenes Projekt Sp. z o.o. w Warszawie potwierdzały spełnianie warunku postępowania w zakresie wymaganego doświadczenia, w tym zakresie dokumenty – po uzupełnieniach były kompletne, brak było podstaw do wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy BBC do dalszego uzupełniania.

Dowód: uzupełnienie oferty Wykonawcy BBC (Wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 27.08.2024 r., Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 8.08.2024 r., Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług – Załącznik nr 6 do SWZ, List

referencyjny z dnia 14 sierpnia 2024 r., JEDZ Juvenes Projekt Sp. z o.o. w Warszawie) – w dokumentacji zamówienia publicznego

Zamawiający wskazał, że biorąc powyższe pod uwagę, w szczególności treść art. 122 i 123 ustawy Pzp, w sytuacji gdy Wykonawca BBC przedstawił Zamawiającemu na etapie postępowania i po weryfikacji jego oferty podmiot, udostępniający takie zasoby, że potwierdzone zostały warunki udziału w postępowaniu, należy uznać, że zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania BBC do uzupełnienia Wykazu usług, pomimo iż BBC nie wykazał samodzielnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wyszczególnionym w pkt. VI pkt. 2, tj. wykazania dwóch [2] zamówień na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto każde zamówienie – jest całkowicie bezpodstawny.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania, Zamawiający wskazał, że analizując dokumentację złożoną przez Wykonawcę BBC, wbrew temu co podnosi Odwołujący nie jest w stanie odnaleźć wyraźnego oświadczenia Wykonawcy o powierzeniu realizacji zamówienia w całości innemu podmiotowi. Być może oświadczenie o zakresie, jaki realizować będzie podmiot trzeci, jest dość ogólne, ale Odwołujący nie podniósł tego zarzutu w odwołaniu, a więc nie jest on przedmiotem zaskarżenia. Nie można jednak z samego zobowiązania podmiotu trzeciego wywieść, że zostanie mu powierzona realizacja zamówienia w całości, bo powierzenie realizacji jest uprawnieniem Wykonawcy a nie podmiotu trzeciego. Takie twierdzenie zatem jest zdaniem Zamawiającego rozszerzającą, ale i nieuprawnioną interpretacją zobowiązania podmiotu trzeciego dokonaną przez Odwołującego.

Nie ma w dokumentacji złożonej przez Wykonawcę BBC wyraźnego oświadczenia, że całość zamówienia powierzy podmiotowi Juvenes-Projekt Sp. z o.o. Wręcz przeciwnie –

w wyjaśnieniach RNC, Wykonawca BBC wskazuje, iż w wycenie uwzględnił również wynagrodzenie zatrudnionych przez siebie pracowników.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, jakoby w ofercie Wykonawcy pojawia się kolejny nieznany dotychczas podwykonawca Archifach, któremu Wykonawca powierzy realizację całości zamówienia Zamawiający wskazał, że dowodzą one, iż Odwołujący zdaje się nie zauważyć, albo nie chciał zauważyć, że wskazana w wyjaśnieniach RNC oferta Archifach nie ma charakteru oferty podwykonawczej w rozumieniu ustawy PZP, a jedynie ma charakter pogładowy. Stanowi rozeznanie rynku a zakres, który rzekomo ma być powierzony Archifach, to zakres o jakiego wycenę postarał się w ramach rozeznania rynkowego Wykonawca BBC. Sam Wykonawca wskazuje w wyjaśnieniach RNC: „Przy dokonywaniu wyceny oferty Wykonawca przeprowadził też gruntowną analizę kosztów wykonania projektu. Przy wycenie uwzględniliśmy zarówno szacunki kosztów pracy projektantów zatrudnianych przez Wykonawcę, jak i zwróciliśmy się o wycenę dzieła przez ekspertów zewnętrznych – celem porównania z niezależnymi kosztami projektowymi dla niektórych branży.” W dalszej części wyjaśnień Wykonawca przytoczył wycenę Archifach podaną w załączniku nr 1 do wyjaśnień jako porównanie jego własnej kalkulacji. Co więcej, wskazał, która kalkulacja jest wyższa lub niższa (wbrew twierdzeniom Odwołującego kolumna „relacja cenowa względem ofert” jest wypełniona). Taka analiza porównawcza ma zdaniem Zamawiającego zobrazować aktualne warunki rynkowe, nie ma zaś na celu wskazywania faktycznego podwykonawcy przy realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że nie rozumie, skąd Odwołujący wywiódł, że Archifach będzie podwykonawcą w przedmiotowym postępowaniu oraz że podobną analizę rynku usług projektowych we własnym zakresie przygotował Zamawiający i ma ona również jak w przypadku oferty Archifach charakter pogładowy.

Dowód: Wyjaśnienia BBC odnośnie rażąco niskiej ceny (plik Wyjaśnienia RNC BBC.pdf), Notatka z procedury rozeznania rynku – załącznik 3 do odpowiedzi

W odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołania, Zamawiający wskazał, że bardzo uważnie prześledził wyjaśnienia rażąco niskiej ceny również przez pryzmat okoliczności rynkowych i wywiódł następujące wnioski.

Wykonawca BBC Best Building Constructions przedstawił w ocenie Zamawiającego szczegółowe wyjaśnienia dotyczące wyliczenia zaproponowanej ceny ofertowej. Wykonawca przedstawił „Kalkulacje kosztów wykonania projektu”, uwzględniającą wszystkie elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia. Wyliczenia uwzględniają zestawienie przewidywanych kosztów usług projektowych, rezerwę, koszty ogólne oraz zysk dla firmy. Dodatkowo Wykonawca przedstawił analizę kosztów na podstawie szacowanych roboczodni (roboczogodzin) i ilości osób pracujących w zespole projektowym. Przyjęte do ustalenia ceny wynagrodzenie za pracę jednego projektanta, jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.

Ponadto Wykonawca w swoim uzasadnieniu powołał się na swoje wieloletnie doświadczenie w opracowywaniu dokumentacji dla zadań inwestycyjnych, co udokumentował licznymi referencjami, oraz przywołuje sprzyjające

uwarunkowania i czynniki które wpływają na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający wskazał, że dodatkowo przy analizie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę BBC, Zamawiający uwzględnił znane mu tendencje rynkowe. Jak wynika z przedłożonej analizy postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, ale także innych zamawiających na rynku w sferze usług projektowych coraz częściej spotkać się można z cenami znacząco odbiegającymi od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, a ogromny rozrzut cenowy w ofertach powoduje że część takich ofert odbiega także o więcej niż 30% wartości od średniej arytmetycznej pozostałych ofert. Nie oznacza to jednak automatycznie, iż ceny te są rażąco niskimi. Zamawiający badając przesłanki uznania, czy oferta Wykonawcy BBC zawiera rażąco niską cenę, sam we własnym zakresie przeprowadził dodatkową analizę rynku. Na szeroko przesłane znanym Zamawiającemu wykonawcom branży projektowej zapytanie ofertowe Zamawiającego co prawda odpowiedział tylko jeden zainteresowany, ale jak się okazuje, jego oferta jest jeszcze niższa niż oferta Wykonawcy BBC, co potwierdza aktualne tendencje rynkowe.

Nie można było zatem analizować wyjaśnień Wykonawcy BBC w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny w oderwaniu od aktualnych okoliczności rynkowych.

Dowód: Notatka z procedury rozeznania rynku – załącznik nr 3, Analiza RNC_07.10.2024 wraz z załącznikiem nr 1 i 2 - załącznik nr 5

Dla przedmiotowej inwestycji został sporządzony kosztorys inwestorski przez firmę Janowicz Architekti sp. z o.o., w którym została oszacowana wartość prac projektowych zgodnie

z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych

kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych

w programie funkcjonalno-użytkowym. Planowany koszt prac projektowych został oszacowany jako iloczyn wskaźnika procentowego i planowanych kosztów budowlanych. Wskaźnik procentowy [W%] został przyjęty zgodnie z Tabelą 1 Rozporządzenia w zależności od wartości planowanych kosztów i kategorii złożoności projektowanego obiektu (Kategoria złożoności określona na podstawie Tabeli 2 Rozporządzenia, przyjęta dla obiektu: Zdrowie i opieka społeczna: budynki centrów medycznych z zapleczem diagnostycznym, hospitalizacja, budynki ośrodków rehabilitacyjnych, domy uzdrowiskowe z zapleczem rehabilitacyjnym)

i powiększony ze względu na to iż planowana inwestycja jest rozbudową (zgodnie z Rozporządzeniem).

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim szacowana wartość prac projektowych (zgodnie

z rozporządzeniem) wyniosła brutto: 3 838 796, 46 zł. Wartość zamówienia w przedmiotowym przetargu (3 000 000,00 zł brutto) została oszacowana na podstawie szacunkowej wartości prac projektowych zawartą w kosztorysie inwestorskim przy uwzględnieniu wyłączenia ceny projektu koncepcyjnego 15% (Inwestor jest w posiadaniu projektu koncepcyjnego) i kwota została zaokrąglona do pełnej wartości.

Wydaje się zatem, że metoda współczynnikowa przyjęta przez Zamawiającego, jako najbardziej obiektywna metoda ustalenia wartości szacunkowej prac projektowych, nie ma swojego odzwierciedlenia w aktualnej rzeczywistości rynkowej w usługach projektowych. Nawet oferta Odwołującego znacząco odbiega od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT - plasuje się wręcz na granicy potencjalnie rażąco niskiej ceny (około 77 % wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT):

oferta Odwołującego - 1 881 000,00 zł netto, 2 313 630,00 zł brutto, ustalenie wartości zamówienia metodą współczynnikową przez Zamawiającego – 2 439 024,39 zł netto, 3 000 000 zł brutto.

Dowód – wniosek o wszczęcie postępowania, oferta Odwołującego, WYCENA ROBÓT - załącznik nr 4

Całokształt zatem złożonych wyjaśnień przez Wykonawcę BBC, doświadczenie własne Zamawiającego w zakresie otrzymywanych ofert na realizację usług projektowych, w tym analiza rynkowa każe przyjąć, iż oferta Wykonawcy BBC nie zawiera znamion rażąco niskiej ceny.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp,

po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, dalej: „Przystępujący”.

Zgłoszenie spełniało warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący w piśmie z 7 listopada 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów Odwołującego jako bezpodstawnych.

Izba ustaliła, Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach przedsięwzięcia „Rozbudowa Gdyńskiego Centrum Onkologii w Szpitalu Morskim im. PCK w Gdyni”.

Pismem z 26 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty Wykonawcy mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, przedstawionej w toku przedmiotowego postępowania.

31 lipca 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia zastrzegając zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

2 września 2024 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego. Od powyższej czynności odwołanie 11 września 2024 r. wniósł wykonawca TPF i zarzucił Zamawiającemu:

- a) naruszenie przepisu art. 18 ust. 1 – 3 PZP w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez BBC jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny;
- b) naruszenie przepisu art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania BBC do uzupełnienia Wykazu usług, pomimo iż BBC nie wykazał samodzielnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wyszczególnionym w pkt. VI pkt. 2, tj. wykazania dwóch [2] zamówień na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto każde zamówienie.

27 września 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po replice Odwołującego z 30 września 2024 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej.

Postanowieniem z 1 października 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

15 października 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty Przystępującego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

16 października 2024 r. Zamawiający ponownie wybrał ofertę Przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą. Izba uznała za niezasadny zarzut nr 1 odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosowanie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

30 września 2024 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie wniesione 11 września 2024 r. przez Odwołującego i unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 18 ust. 1 – 3 PZP w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez BBC jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny;
- naruszenie przepisu art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania BBC do uzupełnienia Wykazu usług, pomimo iż BBC nie wykazał samodzielnie spełnienia warunków udziału

w postępowaniu w zakresie wyszczególnionym w pkt. VI pkt. 2, tj. wykazania dwóch [2] zamówień na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto każde zamówienie.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu, odrzucenie oferty BBC, ewentualnie – wezwanie wykonawcy BBC do uzupełnienia wykazu usług, ponowną ocenę ofert.

Zamawiający ujawnił informacje zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazując, że

mogą one być udostępnione po upływie terminu przewidzianego na wniesienie środków ochrony prawnej, nie wykonał dalszych czynności wskazanych w żądaniu odwołania.

Mając na uwadze brzmienie przepisu art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że nie ulega wątpliwości, że zamawiający pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania, jest on uprawniony do tego, aby dokonując czynności w postępowaniu wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach i weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet wtedy, gdy wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądaniom uwzględnionego odwołania.

W takim wypadku, przepisy ustawy Pzp przewidują możliwość powtórnego zakwestionowania czynności wykonanych przez zamawiającego niezgodnie z żądaniami odwołania uprzednio przez niego uwzględnionego.

Przepisy, które regulują procedurę odwoławczą, w tym przepis art. 522 ustawy Pzp, nie zmieniają zasad zgodnie z którymi zamawiający jest zobowiązany do oceny ofert

w postępowaniu z poszanowaniem przepisów regulujących proces udzielenia zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z 24 marca 2022 r., sygn. akt KIO 651/22, które skład orzekający w pełni aprobuje.

Zamawiający uznał, że konieczne było ponowne pochylenie się nad kwestią oświadczenia wykonawcy o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego i oświadczenia o braku podwykonawstwa, ale także, że powinien dokonać dodatkowej analizy wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba uznała, że takie działanie Zamawiającego nie stanowiło naruszenia przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący nie został pozbawiony możliwości wniesienia odwołania od czynności Zamawiającego wykonanych niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania.

Wobec powyższego, Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.

Za zasadny Izba uznała zarzut nr 2 odwołania, wskazany przez Odwołującego jako zarzut ewentualny.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt VI WARUNKI UDZIAŁU

W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO w ppkt 2 wskazał:

W postępowaniu może brać udział Wykonawca, który w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, również należycie wykonuje co najmniej

2 zamówienia na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach projektu na roboty budowlane w obszarze budynków użyteczności publicznej o wartości zrealizowanej tego zamówienia minimum 1 500 000,00 zł brutto.

W pkt IX WYKONAWCY POLEGAJĄCY NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW w ppkt

2 Zamawiający przewidział:

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zgodnie z art. 118 ust. 1-3 ustawy Pzp:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia,

o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Przystępujący w swojej ofercie – Formularzu oferty w pkt 6 oświadczył, że zamówienie wykonana samodzielnie.

dowód: oferta Przystępującego z 18 lipca 2024 r. – w aktach postępowania.

Jednocześnie Przystępujący w Formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, który stanowił Załącznik nr 2 do SWZ wskazał, że będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w część IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych w części V.

Do oferty Przystępującego zostało dołączone zobowiązanie podmiotu używającego zasoby BBC Best Building Consultants Nadzory i doradztwo budowlane, w którym wykonawca wskazał, że wykona zamówienie w zakresie: Podwykonawstwa i doradztwa w zakresie objętym użyczeniem, realizacja usługi, w której udostępnienie doświadczenia jest wymagane.

Po zmianie podmiotu, który użyczył Przystępującemu zasoby, nowy podmiot – Juvenes-Projekt Sp. z o.o. wskazał podobny zakres wykonania zamówienia: Podwykonawstwo

i doradztwo w zakresie objętym użyczeniem, realizacja usługi, w której udostępnienie doświadczenia jest wymagane.

Stosownie do przepisu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, jeśli podmioty te wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Powyższe oznacza, że wykonawca, który w składanej ofercie powołuje się na zasoby – doświadczenie podmiotu trzeciego musi mieć na uwadze fakt, iż podmiot, który udostępnił zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia musi wykonać usługi, do realizacji których było wymagane to doświadczenie.

Podmiot, który udostępnił Przystępującemu zasoby w postaci doświadczenia w celu wykazania przez niego warunku udziału w Postępowaniu, w związku z powyższym, musiał uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca.

Z oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby – Juvenes-Projekt Sp. z o.o. wynikało wprost, że zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczyły w zakresie: Podwykonawstwa i doradztwa w zakresie objętym użyczeniem, realizacja usługi, w której udostępnienie doświadczenia jest wymagane.

Tymczasem Przystępujący oświadczył, że zrealizuje zamówienie samodzielnie.

Wobec powyższego, Izba uznała, że oświadczenie Przystępującego, złożone w Formularzu ofertowym w punkcie 6 było jednoznaczne i wynikało z niego, że Przystępujący wykona samodzielnie usługi stanowiące przedmiot zamówienia, a zatem konieczne było wykazanie przez tego wykonawcę doświadczenia niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt VI WARUNKI UDZIAŁU

W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA pkt 1 ppkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Jednakże Izba nie nakazała Zamawiającemu wezwania Przystępującego, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu usług, ponieważ jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w tym zakresie stanowi, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wobec powyższych okoliczności, zarzut nr 2 odwołania okazał się uzasadniony.

Zarzut nr 3 odwołania podlegał oddaleniu z uwagi na następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis art. 462 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Odwolujący wskazywał, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z ustawą Pzp w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy. Przystępujący w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – Juvenes Projekt Sp.

z o.o., który miał obowiązek uczestniczenia w realizacji zamówienia. Z wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny wynikało, że podwykonawcą będzie tylko Archifach Group Sp. z o.o. Zgodnie z ofertą podwykonawczą, załączoną do wyjaśnień RNC podwykonawca miał wykonać całość zamówienia. Obie firmy w oświadczeniach wskazywały, że wykonają całość zamówienia.

Izba rozpoznając odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 miała na uwadze następujące okoliczności:

– Odwołujący jako zasadniczy zarzut podniósł zaniechanie Zamawiającego wezwania Przystępującego do uzupełnienia Wykazu usług z uwagi na brak wykazania samodzielnie przez Przystępującego posiadania doświadczenia w celu wykazania warunku udziału

w Postępowaniu;

– zarzut nr 3 odwołania – oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna

z przepisami ustawy art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest niedopuszczalne z mocy ww. przepisu – nie został wskazany przez Odwołującego jako podlegający rozpoznaniu na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania.

Izba dostrzegła sprzeczność zarzutu nr 1 oraz zarzutu nr 3 odwołania, na którą wskazywał również Odwołujący, podkreślając, że powyższe wynika ze sprzeczności samej oferty Przystępującego;

– Przystępujący oświadczył na rozprawie, że wykonawca Archifach Group Sp. z o.o. nie był rozważany przez Przystępującego jako podwykonawca;

– z oświadczenia wykonawcy Juvenes – Projekt Sp. z o.o. nie wynikał fakt, iż wykonawca zobowiązał się, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że wykona całość zamówienia;

– Przystępujący w wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny wskazał, że w cenie oferty uwzględniono koszt pracy projektantów, których zatrudnia.

Z uwagi na powyższe okoliczności, Izba uznała odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 za niezasadne.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 odwołania, Izba wskazuje:

26 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający wskazał, że w świetle art. 224 ust. 2, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej

o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Oferta złożona przez Przystępującego

w sposób znaczący odbiegała cenowo od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wskazał, że Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający poprosił o szczegółowe wskazanie przyczyn i okoliczności mających wpływ na obliczenie ceny ofertowej podanej w ofercie i wskazał, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami, miały na celu wykluczenie, w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego a także wykluczenie podejrzenia o nierzetelność kalkulacji Wykonawcy grożącą nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem ww. zamówienia lub też świadomego działania w celu złożenia oferty z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznaczałoby to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji dostawy.

31 lipca 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia. Załączniki do wyjaśnień stanowiły oferta Archifach Group Sp. z o.o. oraz protokoły odbiorów i referencje dotyczące projektów z Tabeli nr 1 i 2.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosowanie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w zakresie zarzut nr 4, Izba miała na uwadze przede wszystkim treść Wezwania Zamawiającego z 26 lipca 2024 r.

Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w Wezwaniu podkreślił, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami, miały na celu wykluczenie, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego a także wykluczenie podejrzenia o nierzetelność kalkulacji Wykonawcy grożącą nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem ww. zamówienia lub też świadomego działania w celu złożenia oferty z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.

Izba dokonując oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień doszła do przekonania, że wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie Przystępującego ceny.

Izba przyznała rację Odwołującemu, że część informacji z wyjaśnień Przystępującego miała charakter ogólny, Przystępujący wskazał na następujące „sprzyjające okoliczności przedstawienia korzystnej oferty cenowej”: posiadanie przez Wykonawcę kompletnej kadry, posiadanie wewnętrznych procedur i doświadczenia projektowego, zaangażowanie w prowadzone procesy projektowe, co powoła na optymalizację kosztów stałych i zwiększenie nadzoru nad procesem projektowania, przy jednoczesnym zachowaniu rzetelności jakościowej i czasowej, posiadanie przez Wykonawcę marki i rzetelność, gwarantujących możliwość optymalnego skrócenia wykonania przedmiotu zamówienia, który obniżył ostateczną cenę oferty.

Przystępujący nie wyjaśnił jednak, w jaki sposób powyższe okoliczności wpłynęły na wysokość ceny oferty.

Jeśli chodzi o koszty pracownicze, to Przystępujący w podejściu 2 określił koszt netto pracodawcy na kwotę 50,00 złotych i oświadczył, że członkowie zespołu projektowego są zatrudnieni na podstawie umów cywilnoprawnych lub umów B2B na wyłączność, jednak nie wykazał, że jest to stawka rynkowa i przedstawił żadnych dowodów w powyższym zakresie.

Przystępujący oświadczył również, że zapoznał się ze średnimi wynagrodzeniami na poszczególnych stanowiskach projektantów (branża: konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, drogowa, architektoniczna) i te dowody dowodziły, że wynagrodzenia, które otrzymują projektanci zatrudnieni przez Przystępującego są wyższe niż średnie zarobki

w Polsce na ich stanowiskach.

W powyższym zakresie Przystępujący powołał się na dowody, jednak nie załączył ich do wyjaśnień.

Przystępujący w piśmie z 31 lipca 2024 r. oświadczył, że na potwierdzenie wyjaśnień w zakresie kosztów pracowniczych załącza średnie rynkowe pensje projektantów w poszczególnych branżach. Jednakże powyższe informacje nie zostały załączone do wyjaśnień.

Przystępujący przywołał również w wyjaśnieniach okoliczność swojego zaangażowania w inicjatywę zatrudniania osób z niepełnosprawnościami by pomóc im w aktywizacji, zatrudniania osób z niepełnosprawnościami na pełen etat, co daje to możliwość otrzymania dofinansowania, które znacząco zmniejsza koszty pracodawcy oraz dodatkowej oszczędność przy realizacji projektu/zamówienia.

Jednak Przystępujący poza powyższymi ogólnymi twierdzeniami nie przedstawił jakichkolwiek informacji, które wskazywałyby na możliwość uzyskania oszczędności przy realizacji zamówienia oraz nie uwzględnił powyższej okoliczności w przedstawionej kalkulacji kosztów pracowniczych.

Izba stwierdziła także, że Przystępujący przywołując koszty związane bezpośrednio i pośrednio z wykonywaniem projektu wskazał na zestawienie własnych cen z cenami zaproponowanymi przez podwykonawców, które miały obrazować realność kosztorysu Przystępującego, jednakże do wyjaśnień takich ofert nie dołączył. W ocenie Izby jako oferty podwykonawcy nie należało traktować oferty Archifach Group Sp. z o.o., ponieważ na rozprawie 13 listopada 2024 r. Przystępujący oświadczył, że Archifach Group nie jest podwykonawcą.

Izba ustaliła także, że w Tabeli nr 1 – Zestawienie przewidywanych kosztów usługi, Przystępujący określił w odniesieniu do poszczególnych branż: architektura, konstrukcja, branża sanitarna, branża elektryczna, branża drogowa cenę netto za całość.

W ocenie Izby w tabeli zabrano wyliczeń dotyczących chociażby, jak wskazywał Odwołujący kosztów w zakresie rękopisów, czy wykazania osób administracyjnych zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i przedstawienia dowodów w tym zakresie.

Odnosząc się do dowodów wskazanych w wyjaśnieniach, Izba stwierdziła, że Tabela nr 1 – Zestawienie projektów BBC z odchyleniem powyższej 30% oraz Tabela nr 2 – Zestawienie Projektów BBC wraz z Protokołami odbioru i referencjami z innych postępowań nie dowodzą realności zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia wraz z dowodami muszą uzasadniać cenę oferty

złożoną w Postępowaniu.

Celem dowodów jest bowiem usunięcie wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Izba pominęła dowody w postaci dokumentów załączonych do pisma Przystępującego

z 7 listopada 2024 r., mając na uwadze fakt, iż wszelkie dowody mające na celu uzasadnienie zaoferowanej w ofercie ceny nie powinny być składane dopiero w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby wyjaśnienia Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny nie były jednoznaczne, rzetelne i wyczerpujące, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, nie zostały do nich załączone dowody, nie tylko takie, które Przystępujący większych problemów mógł uzyskać i dołączyć do wyjaśnień, ale również te, na które Przystępujący powoływał się wprost w treści wyjaśnień.

Wobec powyższych okoliczności, Izba stwierdziła, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w kształcie, w jakim zostały przedstawione Zamawiającemu nie mogły usunąć jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba uznała ostatni z zarzutów odwołania za uzasadniony.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego.

Izba koszty postępowania rozdzieliła mając na uwadze proporcję zarzutów przedstawionych

w odwołaniu, które Izba uwzględniła (2 zarzut), do liczby zarzutów (2 zarzuty), których Izba nie uwzględniła.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....