Sygn. akt: KIO 3909/23

WYROK

Warszawa, dnia 18 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik
Michał Pawłowski
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę FONON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Infra - Centrum Doradztwa Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę FONON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 3909/23

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Rewitalizacji połączenia Chełm – Włodawa wraz z poprawą dostępności transportu kolej. w m. Włodawa." (nr. ref. 9090/IREZA1/05808/02105/23/P).Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 097-305186. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 grudnia 2023 r. wykonawca FONON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Infra - Centrum Doradztwa Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący") i zaniechania odrzucenia tej oferty pomimo faktu, że oferta ta powinna zostać odrzucona, ze względu na to, że:
   a. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp;
   b. jest niezgodna z przepisami ustawy oraz jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co stanowi naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 3) i 5) w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp;
   c. została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, co stanowi naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) oraz c) w zw. z art. 118 ust. 2-4 ustawy Pzp;

d. została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, co stanowi naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) ustawy Pzp;

2. zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania pomimo faktu iż:

a. Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a także zataił informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

b. Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu

- co stanowi naruszenie przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp;

3. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koltech Infra Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Aurus Asper Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „ Konsorcjum Koltech"), pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, wykluczenia z postępowania Przystępującego, odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania, odrzucenia oferty Konsorcjum Koltech z postępowania, dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Uzasadniając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego (zarzut nr 1a) Odwołujący opisał przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, podnosząc w szczególności, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane do Przystępującego wprost określało, że Zamawiający oczekiwał wyjaśnień szczegółowych, wyczerpujących, popartych dowodami. Wezwanie nie miało charakteru ogólnego, a szczegółowy. Z treści wezwania wynikało również pouczenie, że przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które w ocenie Odwołującego nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny oferty. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Odwołujący wskazał w tym zakresie na cztery okoliczności.

Po pierwsze Odwołujący zauważył, iż w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący obszernie odwołuje się do doświadczenia zawodowego, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz przedstawia statystyki/dane historyczne dotyczące wartości ofert, które w przeszłości były wybierane jako najkorzystniejsze przez Zamawiającego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ta cześć wyjaśnień złożonych przez Przystępującego jest całkowicie bezużyteczna w kontekście oceny prawidłowości wyceny. Przedstawione informacje w żaden sposób nie świadczą o tym, że zaoferowana cena jest realna, prawidłowo skalkulowana i nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

Po drugie ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że zdecydowaną większość prac składających się na przedmiot zamówienia Przystępujący zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom – zgodnie z tabelą na stronie nr 15 wyjaśnień, na podwykonawców przypada zakres prac o wartości 6 855 805,00 zł netto. Oznacza to, że gdy uwzględni się fakt, iż kwoty 400 000,00 zł netto, 661 813,00 zł netto, 410 000,00 zł netto to odpowiednio: rezerwa, zysk Przystępującego, koszty ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to wartość prac przypisanych do osobistego wykonania przez Przystępującego wynosi kwotowo zaledwie 667 360 zł, czyli stanowi ok. 7,5% wartości całej oferty. W tej sytuacji nie może budzić wątpliwości, że należy szczególny nacisk położyć na rzetelność i realność wycen podwykonawców. Odwołujący podniósł, iż do złożonych wyjaśnień Przystępujący dołączył oferty podwykonawcze, które są ogólne, blankietowe, nie zawierają żadnych szczegółów, założeń, wyliczeń. Oferty te nie mogą być przyjęte jako wystarczające dowody na rzetelność wyceny dokonanej przez Przystępującego, ponieważ prowadziłoby to do obejścia regulacji dotyczących rażąco niskiej ceny. Nie może być bowiem tak, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, z którego wynika obowiązek złożenia szczegółowych kalkulacji, wyliczeń, dowodów, wezwany wykonawca składa lakoniczne oferty innych podmiotów, które to podmioty oświadczają, że za określoną ryczałtową kwotę wykonają całość lub jakąś część zamówienia za kwotę niższą niż ten wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień wykonawca zaoferował Zamawiającemu i w taki właśnie sposób wykazana zostanie realność ceny ofertowej. Przy takim podejściu do kwestii wyjaśnień rażąco niskiej ceny można by wyjaśnić każdą cenę – wystarczyłoby pozyskać ofertę innego podmiotu/podmiotów opiewającą na kwotę odpowiednio niższą. Nie byłyby to jednak w istocie żadne wyjaśnienia i żadne dowody. Złożone jako dowody oferty podwykonawcze obejmują bardzo szeroki zakres przedmiotu zamówienia, a ich wycena została zamknięta w jednej ryczałtowej kwocie. Brak

jakichkolwiek wyliczeń, wyjaśnień, uzasadnień. Przedmiotowe oferty podwykonawcze zostały złożone ewidentnie w celu uniknięcia składania wyjaśnień szczegółowych, których Zamawiający zażądał. W okolicznościach przedmiotowej sprawy trzeba mieć na względzie to, iż zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami ceny Przystępujący wykonywać ma symboliczny wręcz zakres prac, a cały ciężar dowodzenia realności wyceny „zawieszony" został na ofertach podwykonawczych. W takim stanie faktycznym kwoty podane przez podwykonawców powinny być wyjaśnione przez te podmioty na poziomie szczegółowości wynikającym z wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego, a nie tylko podane kwotowo.

Po trzecie Odwołujący wskazał, że oferta od podwykonawcy udostępniającego zasoby, tj. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. (dalej jako „Podwykonawca BPK Poznań"), opiewająca na kwotę 2 985 000,00 zł netto jest całkowicie nierynkowa. Dla porównania szacunkowy koszt przyjęty w ofercie Odwołującego, bazujący na ofercie podwykonawców dla zbliżonego zakresu do tego wynikającego z oferty Podwykonawcy BPK Poznań wynosi blisko 6 106 000,00 zł netto, bez kosztu nadzorów autorskich. Ten sam zakres został przez Wykonawcę Konsorcjum Koltech (wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert) wyceniony na kwotę 5 359 000,00 zł – 5 769 000,00 zł (w zależności od sposobu porównania koszt bez Głównego Projektanta, ale uwzględniający wizualizację oraz badania obiektów inżynieryjnych). Oferta Podwykonawcy BPK Poznań opiewająca na kwotę 2 985 000,00 zł netto, stanowiącą niewiele ponad połowę kwot z powyżej przytoczonych ofert sklasyfikowanych przez Zamawiającego w rankingu ofert na pozycjach nr 2 i 3. Co więcej oferta ta zawiera wynagrodzenia zarówno dla I fazy projektu jak i dla 230 pobytów w ramach II fazy. Świadczy to o tym, że oferta Podwykonawcy BPK Poznań nie ma charakteru rynkowego, jest nierealna i ma na celu wyłącznie formalne umożliwienie Przystępującemu potwierdzenie, że cena Przystępującego nie jest rażąco niska. Odwołujący podniósł ponadto, że podaną w tabeli nr 7 sumaryczną ilość godzin szacowanych dla Podwykonawcy BPK Poznań do realizacji zadania, tj. 23040 rbh w przeliczeniu na 37 miesięcy realizacji projektu daje średnie zaangażowanie miesięczne całego zespołu projektowego Podwykonawcy BPK Poznań (22 specjalistów) na poziomie 623 godzin, w przeliczeniu na specjalistę jest to zaledwie 28 godzin. W szczególności dla kluczowych branż jak branża torowa czy mostowa stałe, comiesięczne zaangażowanie musi być znacząco większe, co zauważa sam Podwykonawca BPK Poznań wskazując większe sumaryczne ilości godzin (2240 h dla projektanta torowego i 1680 dla projektanta mostowego). Dla każdej firmy z doświadczeniem projektowym, oczywistym musi być, że niemożliwe jest zrealizowanie tak skomplikowanego i czasochłonnego przedsięwzięcia przy tak skromnym zaangażowaniu czasowym zespołu projektowego. Odwołujący zauważył też, że podane zaangażowanie uwzględnia wyłącznie pracę głównych specjalistów, bez wsparcia administracyjnego czy obsługi biura oraz nie uwzględnia nadzorów autorskich w ilości 230 pobytów x 8 h = 1840 godzin, nie uwzględniając czasu dojazdu do miejsca realizacji inwestycji z biura oferenta zlokalizowanego w Poznaniu.

Po czwarte Odwołujący wskazał, że metoda przyjęta przez Przystępującego do „wytłumaczenia" się przed Zamawiającym w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. metoda oparta na pokryciu jak największej części zamówienia ofertami zewnętrznymi jest w przypadku Przystępującego zupełnie nieadekwatna, ponieważ Przystępujący jest w zakresie swoich oświadczeń o podwykonawstwie zupełnie niewiarygodny i niekonsekwentny. Oświadczenia dotyczące podwykonawstwa, tak dotyczące jego zakresu przedmiotowego jak i zaangażowania podmiotowego były przez Przystępującego dwukrotnie zmieniane. W sumie (licząc jako pierwsze oświadczenie złożone wraz z ofertą), Przystępujący złożył Zamawiającemu trzy różne, niemożliwe do pogodzenia oświadczenia o podwykonawstwie. Przedmiotowa kwestia, czyli kwestia zmian oświadczeń w zakresie podwykonawstwa jest podstawą kolejnego zarzutu odwołania niemniej jednak Odwołujący uznał za konieczne również przy zarzucie dotyczącym rażąco niskiej ceny ten argument podnieść. Nie może być bowiem przekonywującym uzasadnieniem dla realności ceny ofertowej, przedstawienie wyceny ponad 90% merytorycznego zakresu zamówienia opartej o oferty podwykonawców, w sytuacji kiedy Przystępujący powołujący się na oferty podwykonawcze dla potrzeb wyjaśnienia rażąco niskiej ceny całkowicie dowolnie zmienia swoje oświadczenia tak o zakresie podwykonawstwa jak i o konkretnych podmiotach mających być podwykonawcami. W sytuacji, w której zaoferowana cena niemal w całości wyjaśniana jest za pośrednictwem ofert podwykonawczych zakres podwykonawstwa i konkretne podmioty przewidziane do realizacji danego zakresu powinny być znane i stałe. W przeciwnym razie oferty podwykonawcze, które mają stanowić podstawę uzasadniającą realność wyceny są bezużyteczne z punktu widzenia celu, w którym zostały Zamawiającemu złożone.

Uzasadniając zarzut nr 1b Odwołujący podniósł, iż wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia o planowanym zakresie podwykonawstwa oraz do podania informacji o znanych na moment składania oferty w postępowaniu podwykonawcach. Odwołujący wskazał, iż Przystępującyzaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem podwykonawców w następujących zakresach: 1) Podwykonawstwo Podwykonawcy BPK Poznań jako podmiotu udostępniającego zasoby w następującym zakresie merytorycznym - punkty z OPZ: 4.3.3, 4.3.7, 4.3.8, 4.3.10, 4.3.11, 4.3.12, 4.3.16, 4.3.17, 4.3.18 OPZ. 2) Podwykonawstwo nieznanych podwykonawców w zakresie

branż: sieć trakcyjna, obiekty inżynieryjne, geodezja, geologia, ochrona środowiska, drogowa, konstrukcyjno-budowlana, srk, teletechnika. Odwołujący podkreślił, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy zakres podwykonawstwa oraz podmiotowy krąg podwykonawców ma znaczenie fundamentalne. Jak bowiem wynika z dokumentacji postępowania, Przystępujący swoje wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oparł w zasadzie całkowicie na ofertach podwykonawczych, jak również w całości opierając się na potencjale podwykonawcy wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do doświadczenia zawodowego. Przystępujący swoje oświadczenie o zakresie podwykonawstwa po raz pierwszy zmienił w składanych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego taka zmiana nie jest dopuszczalna. Odwołujący wskazał na art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zdanie drugie. Zmiany oświadczenia o zakresie podwykonawstwa wynikające ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w ocenie Odwołującego wynikały z potrzeby chwili. Przystępujący otrzymując wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny musiał jakoś „obronić" swoją cenę ofertową. W związku z tym w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący rozszerzył zakres przypisany do Podwykonawcy BPK Poznań poprzez dodanie do zakresu podwykonawstwa tego podmiotu punktów z OPZ: 4.3.1, 4.3.4, 4.3.9, 4.3.13, 4.3.15 i najważniejsze – 4.4. Odwołujący zauważył, że z zakresu pierwotnie przewidzianego dla tego podwykonawcy „zniknął" jednocześnie zakres wynikający z pkt OPZ: 4.3.8. Ponadto wskazał, iż Przystępujący ujawnił całą grupę podwykonawców, których pierwotnie w formularzu ofertowym nie wskazał: Podwykonawca GEOSTUDIO, do którego przypisano pkt z OPZ 4.3.8 (czyli punkt pierwotnie przypisany do Podwykonawcy BPK Poznań); Podwykonawca GCPS, do którego przypisano pkt z OPZ: 4.3.5 i 4.3.6; Podwykonawca Asanga, do którego przypisano pkt z OPZ 4.3.2; Podwykonawca CERTA JN, do którego przypisano pkt z OPZ 4.3.14. W ocenie Odwołującego doszło do zabronionych negocjacji i niedopuszczalnej zmiany treści oferty Przystępującego. Na potrzeby uzasadnienia swojej wyceny Przystępujący dokonał całkowicie dowolnych zmian, rozszerzeń i „przesunięć" w podwykonawstwie – takich, jakie aktualnie były dla niego potrzebne i wygodne. Przystępujący wykorzystał oferty podwykonawców po to, aby nie wyjaśniać w szczegółach rzetelności wyceny znakomitej większości zakresu merytorycznego zamówienia. Zamiast tego Przystępujący przedstawił oferty swoich nieujawnionych w formularzu ofertowym podwykonawców.

Dalej Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień, w którym to wezwaniu Zamawiający wyraził duże wątpliwości dotyczące zaangażowania Podwykonawcy BPK Poznań w realizację zamówienia w kontekście faktu, że w złożonym wykazie usług przedstawiono doświadczenie referencyjne wyłącznie Podwykonawcy BPK Poznań, a ze złożonego wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów wynikało, że Podwykonawca zobowiązuje się do świadczenia usług doradczych i konsultingowych. Zamawiający, w szczególności poprosił o wyjaśnienie dotyczące zakresu złożonego przez Przystępującego wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz poprosił o wyjaśnienie zakresu zamówienia realizowanego przez podwykonawców. W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił wyjaśnień, w których po pierwsze nie odniósł się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących zobowiązania do udostępnienia zasobów, ale złożył całkiem nowe, zmienione zobowiązanie, w zakresie podwykonawstwa złożył wyjaśnienia, które ponownie zmieniły oświadczenia dotyczące podwykonawstwa; tym razem zmiany oświadczeń zmierzały w takim kierunku, aby „obronić" realność udostępnienia zasobów (realność ceny została już bowiem wcześniej „obroniona"). Odwołujący wskazał, iż złożone przez Przystępującego w wyjaśnieniach oświadczenie o zamiarze zlecenia do podwykonania poszczególnych branż jest niezgodne z oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym i oświadczeniami złożonymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 23.08.2023 r. W ocenie Odwołującego nie da się ustalić na podstawie trzech różnych oświadczeń Przystępującego jaki zakres przewidziany jest do zlecenia podwykonawcom i jacy to będą podwykonawcy. Odwołujący wskazał także na dalsza część wyjaśnień Przystępującego, podnosząc, iż ich treść stoi w sprzeczności z wcześniej składanymi oświadczeniami. Dodatkowo zauważył, że zgodnie ze złożonym oświadczeniem do podwykonawstwa w ogóle może nie dojść, a jeżeli już dojdzie to podwykonawcą będzie Podwykonawca BPK Poznań. Takie wytłumaczenie ma z punktu widzenia Przystępującego sens, ponieważ wyjaśnienia są składane w kontekście wątpliwości Zamawiającego co do realnego udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę BPK właśnie. W tej sytuacji im większy zakres przypisany do Podwykonawcy BPK Poznań tym oczywiście lepiej. Problem jednak polega na tym, co z podwykonawcami, których oferty posłużyły do wyjaśnienia realności ceny ofertowej? Odwołujący zauważył, że np. zakres, o którym mowa w pkt 4.3.1 OPZ był zgodnie z oświadczeniem z formularza ofertowego i wyjaśnień rażąco niskiej ceny przypisany do Podwykonawcy BPK Poznań i przez tego podwykonawcę rzekomo wyceniony. Zdaniem Odwołującego Przystępujący podwykonawstwo w swojej ofercie traktuje jako użyteczne narzędzie: - jeżeli trzeba złożyć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny to Przystępujący niezależnie od wcześniejszych oświadczeń i dokumentów podaje jakie zakresy zamówienia komu konkretnie podzleci i składa jako „dowody" oferty od konkretnych podmiotów, które mają za zadanie wykazać realność zaoferowanej Zamawiającemu ceny; - jeżeli trzeba wykazać realność udostępnienia zasobów to niezależnie od wcześniejszych oświadczeń i dokumentów Przystępujący przypisuje możliwie najszerszy zakres do podmiotu udostępniającego zasoby, marginalizując lub wyłączając udział innych podmiotów w wykonywaniu przedmiotu

zamówienia. W ocenie Odwołującego taka strategia działania nie może być akceptowana. Przystępujący złożył tyle niezgodnych ze sobą oświadczeń w zakresie podwykonawstwa, że obiektywnie rzecz biorąc nie sposób jednoznacznie odtworzyć komu dokładnie i w jakim zakresie podwykonawstwo będzie zlecone.

Powyżej opisany stan faktyczny w ocenie Odwołującego stanowi o niezgodności oferty w przepisami ustawy. Przepisem ustawy, z którym oferta jest niezgodna jest przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który mówi, że niedozwolone są negocjacje i zmiany w treści oferty. Powyżej opisany stan faktyczny powoduje również, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w pkt 22.1 SWZ i wzorze formularza ofertowego wykonawcy zobowiązani byli podać zakres podwykonawstwa i wskazać podwykonawców, jeżeli są znani. Zmiany w zakresie podwykonawstwa dokonywane przez Przystępującego powodują, że oferta tego Wykonawcy nie spełnia tego wymogu. Po pierwsze Przystępujący wprowadza zmiany w zakresie podwykonawstwa co jest niedopuszczalne. Po drugie kolejne oświadczenia dotyczące podwykonawstwa wprowadziły takie niezgodności, że nie da się odtworzyć w jakim zakresie Przystępujący korzystał będzie z podwykonawstwa i jacy to będą podwykonawcy. W przedmiotowej sprawie nie można przyjąć, że oświadczenia o podwykonawstwie mają charakter informacyjny. Podwykonawstwo stanowi dla Wykonawcy „być albo nie być" w postępowaniu. Po pierwsze oferty podwykonawców pozwoliły na skuteczne wyjaśnienie przed zamawiającym rażąco niskiej ceny. Po drugie doświadczenie referencyjne podwykonawcy pozwolił na wykazanie przed Zamawiającym spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim stanie rzeczy oświadczenia o podwykonawstwie powinny być spójne i konsekwentne. Nie mogą być zmieniane w zależności od sytuacji w postępowaniu i tego jakie wezwanie Zamawiający skieruje do Wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że w kontekście prezentowanego przez Przystępującego podejścia do podwykonawstwa, złożone przez tego Wykonawcę oferty podwykonawcze jako dowody do wyjaśnień w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie mogą być przyjęte jako wiarygodne.

Uzasadniając zarzut nr 1c Odwołujący podniósł po pierwsze, iż Przystępującynie posiada własnego doświadczenia referencyjnego wymaganego przez Zamawiającego, a przedstawione zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego (tj. Podwykonawcy BPK Poznań), w kontekście płynnych oświadczeń Przystępującego dotyczących podwykonawstwa jest w ocenie niewystarczające, ponieważ podejście Przystępującego do kwestii angażowania podwykonawców nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego, w szczególności nie gwarantuje, że Podwykonawca BPK Poznań faktycznie będzie wykonywał część zamówienia, którą wykonać powinien, aby mówić o realności udostępnienia zasobów. Odwołujący wskazał, iż Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów, które wzbudziło wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący przytoczył treść wezwania, podkreślając, że Zamawiający oczekiwał od Przystępującego podania konkretnych informacji. Wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępujący nie złożył. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień Przystępujący złożył całkowicie nowe zobowiązanie do udostępnienia zasobów, do którego złożenia nie został przecież przez Zamawiającego wezwany. Przystępujący poinformował również o nabyciu udziałów w podmiocie udostępniającym zasoby, co zdaniem Odwołującego pozostaje bez żadnego wpływy na realność udostępnienia przez ten podmiot zasobów. Odwołujący wskazał ponadto, iż kwestia zobowiązania do udostępnienia zasobów w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy nierozerwalnie wiąże się z kwestią zmienianych oświadczeń w zakresie podwykonawstwa. Zauważył, że zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby wskazany w pierwszym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów był zgodny z pierwotnym zakresem podwykonawstwa Podwykonawcy BPK Poznań wskazanym w formularzu ofertowym. Problem polegał jednak na tym, że Zamawiający dostrzegł, że Podwykonawca BPK Poznań zobowiązał się tylko do usług doradczych i konsultacyjnych. Problem, którego Zamawiający nie dostrzegł to fakt, iż pierwotne zobowiązanie nie zawierało w swojej treści zobowiązania do wykonania pkt 4.4 OPZ, bez którego prawidłowe wykonania zamówienia jest niemożliwe. Przystępujący złożył zamiast wyjaśnień nowe zobowiązanie do udostępnienia zasobów, z którego wynika zobowiązanie do udziału w realizacji zamówienia (zmiana z usług doradczych na faktyczne projektowanie), ale zakres udziału wskazany w nowym zobowiązaniu jest niezgodny z zakresem podwykonawstwa wskazanym w formularzu ofertowym. Jest to zakres szerszy, zakres zgodny ze złożonymi przez Przystępującego wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Z kolei zakres podwykonawstwa Podwykonawcy BPK Poznań wynikający z wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zakres wskazany w nowym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów jest niezgodny z zakresem wynikającym z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w dniu 23.11.2023 r. Zakres podwykonawstwa wynikający z tych wyjaśnień nie jest zgodny z żadnym wcześniejszym oświadczeniem Przystępującego – ani wynikającym z formularza ofertowego, ani z wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W tym stanie faktycznym Odwołujący stwierdził, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania zasobów jest oderwane od oferty i oświadczeń Przystępującego. Te okoliczności nie pozwalają na to, aby pozytywnie zweryfikować podmiotowo Wykonawcę ICD. Nawet gdyby uznać, że Przystępujący miał prawo do tego, aby bez

wezwania uzupełnić zobowiązanie do udostępnienia zasobów i to te zobowiązanie jest podstawą do oceny sytuacji podmiotowej Przystępującego, to należy pamiętać, że jest to tylko zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Do pozytywnej weryfikacji podmiotowej konieczne jest jeszcze to, aby z oferty złożonej przez wykonawcę korzystającego z zasobów wynikało, że ma on faktycznie zamiar skorzystać z udostępnionych zasobów na etapie realizacji w takim zakresie w jakim jest to konieczne do wykazania realności dysponowania. W stanie faktycznym analizowanej sprawy tak nie jest. Wskazywany przez Przystępującego zakres podwykonawstwa jest płynny, Przystępujący dowolnie „przesuwa" zakresy pomiędzy podwykonawców w zależności od potrzeb. W związku z tym nie ma żadnej pewności jaki zakres zostanie powierzony Podwykonawcy BPK Poznań do realizacji. Obiektywnie zachodzi również sprzeczność pomiędzy zakresem udostępnionych zasobów a zakresem podwykonawstwa wskazanym w formularzu ofertowym. Podmiot udostępniający zasoby zobowiązuje się zatem do udziału w realizacji zamówienia w szerszym zakresie niż planuje go zaangażować Przystępujący.

Po drugie, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SWZ wymagał od podwykonawców, którzy nie są podmiotami udostępniającymi zasoby złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie braku podstaw do wykluczenia. Jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Przystępujący planuje podwykonawstwo następujących podmiotów nieudostępniających zasobów: GEOSTUDIO, GCPS, Asanga, CERTA JN. Dla wyżej wymienionych podmiotów ani dokumenty JEDZ, ani dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania nie zostały złożone. Ponadto Przystępujący złożył własny dokument JEDZ, w którym podał zakresy planowane do podzlecenie podwykonawcom nie udostępniającym zasobów. W toku kolejno składanych wyjaśnień informacje zawarte w JEDZ się „zdezaktualizowały" w odniesieniu do zakresu podwykonawstwa oraz w zakresie wymaganych informacji o nazwach podwykonawców. Nazwy podwykonawców zostały podane, ale Przystępujący swojego prawidłowego dokumentu JEDZ nie składał. W dokumentacji postępowania jest tylko dokument JEDZ, który określa nieprawidłowy zakres planowanego podwykonawstwa i który nie zawiera informacji o nazwanych podwykonawcach, którzy nie udostępniają zasobów. W ocenie Odwołującego przebieg postępowania pokazał, że informacje podane w pierwotnym JEDZ nie były kompletne i prawidłowe. W związku z tym, z uwagi na brak prawidłowego dokumentu JEDZ oferta Wykonawcy ICD nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Po trzecie Odwołujący wskazał, iż w wykazie usług Przystępujący przedstawił zamówienie referencyjne Podwykonawcy BPK Poznań: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Prace na liniach kolejowych nr 14, 811 na odcinku na odcinku Łódź Kaliska - Zduńska Wola – Ostrów Wielkopolski", Etap I: Łódź Kaliska – Zduńska Wola."Wskazany w wykazie usług okres realizacji to: 03.2017 – 03.2019. Powyższe zamówienie, wbrew informacjom podanym w wykazie usług nie jest zamówieniem wykonanym. Wykonawca zamówienia, czyli Podwykonawca BPK Poznań w sprawozdaniu zarządu z działalności BPK Poznań za okres od 1 stycznia 2022 roku do 31 grudnia 2022 roku wymienia przedmiotowy projekt jako umowę „kontynuowaną w 2022 r". W ocenie Odwołującego nie pozwala to, aby legitymować się tym projektem jako zamówieniem referencyjnym.

Uzasadniając zarzut nr 1d Odwołujący wskazał, iż ma on charakter wynikowy. Zasadność tego zarzutu wynika z faktu, iż Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania – zgodnie z postawionym przez Odwołującego zarzutem nr 2.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący wskazał na trzy okoliczności. Po pierwsze wskazał na zmienne i sprzeczne ze sobą oświadczenia dotyczące podwykonawstwa podawane przez Przystępującego – zgodnie z opisem stanu faktycznego przedstawionym w uzasadnieniu dla zarzutu nr 1b, które w ocenie Odwołującego stanowią podstawę do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. Przedstawione przez Przystępującego informacje wprowadzają w błąd powodując, że nie do odtworzenia jest zakres podwykonawstwa, krąg podwykonawców i udział w realizacji zamówienia konkretnych podmiotów. W ocenie Odwołującego do teraz nie wiadomo jaki będzie zakres podwykonawstwa i jakie konkretnie podmioty (i w jakim zakresie) będą podwykonawcami Przystępującego. Podawane przez Przystępującego informacje miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, ponieważ to na ich podstawie Zamawiający uznał, że cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska oraz że Przystępującemu w sposób realny udostępnione zostały zasoby Podwykonawcy BPK Poznań. Przystępujący w sposób całkowicie dowolny podawał Zamawiającemu informacje o planowanym podwykonawstwie. Wykonawca trzykrotnie podał Zamawiającemu trzy różne wersje dotyczące tej samej kwestii: - w ofercie; - w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 23.08.2023 r.; - w wyjaśnieniach z 23.11.2023 r. Odwołujący szczególną uwagę zwrócił na fakt, iż w pierwotnym oświadczeniu zawartym w formularzu oferty: - Podwykonawca BPK Poznań udostępniał swoje zasoby w zakresie usług konsultingowych i doradczych dla poniższych punktów OPZ: Prace w zakresie pkt. 4.3.3, 4.3.7, 4.3.8, 4.3.10, 4.3.11, 4.3.12, 4.3.16, 4.3.17, 4.3.18; W zakresie branż: Branża sieć trakcyjna, Branża obiekty inżynieryjne, Branża geodezja, Branża geologia, Branża ochrona środowiska, Branża drogowa, Branża konstrukcyjno-budowlana, Branża srk, Branża teletechnika - deklarowana była realizacja przedmiotu zamówienia siłami podwykonawców

nieznanych na etapie składania oferty. W wyniku wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 20.11.2023r., zakres udostępnienia Podwykonawcy BPK Poznań został zmieniony z usług doradczych i konsultingowych na prace projektowe i uzupełniony o dodatkowe pozycje z OPZ, tj.: 4.3.1 Inwentaryzacje i uzgodnienia, 4.3.4 Opracowanie i złożenie wniosków dla uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz pozyskanie tych decyzji, 4.3.13 Wystąpienie do Prezesa UTK, 4.3.15 Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, 4.4 Obowiązki na etapie postępowania przetargowego oraz realizacji robót budowlanych. Punkt 4.3.1 związany z branżą inżynieryjną i zakresem pracy po stronie Projektantów branży mostowej oraz pozostałe zakresy związane z współpracą wszystkich branż powodują konieczność zlecenia prac do firmy dysponującej specjalistami w poszczególnych branżach. Brak kluczowych elementów realizacji Zamówienia, w tym w szczególności brak pozycji 4.4, która wiąże się ze sprawowaniem nadzorów autorskich po zakończeniu prac projektowych, w pierwotnej deklaracji sposobu realizacji zamówienia uniemożliwiał jego realizację w sposób zgodny z wymaganiami postępowania. Wprowadzona w dniu 20.11.2023 r. zmiana modelu realizacji zamówienia przez zmianę charakteru udostępnienia zasobów Podwykonawcy BPK Poznań z usług konsultingowo – doradczych na wykonanie prac oraz rozszerzenie o dodatkowe (niezbędne do realizacji zamówienia) punkty z OPZ powoduje zasadniczą, niedopuszczalną zmianę w stosunku do złożonej oferty.

Po drugie Odwołujący podniósł, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd zatajając informacje o znanych podwykonawcach, o których istnieniu wiedział już w momencie składania oferty. Zamawiający w SWZ wymagał złożenia dokumentów formalnych również od podwykonawców, którzy nie są podmiotami udostępniającymi zasoby. Zgodnie z SWZ konieczne było dla takich podwykonawców złożenie JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych w zakresie braku podstaw do wykluczenia. Wykonawca ICD poprzez zatajenie informacji o podwykonawcach nie musiał i finalnie w ogóle nie złożył dokumentów dotyczących podwykonawców „zwykłych", tj. podwykonawców nieudostępniających zasobów. Odwołujący podniósł, że zatajenie ww. informacji: - jest spowodowane przynajmniej rażącym niedbalstwem, a w ocenie Odwołującego było to zamierzone działanie, którego celem było niezłożenie dokumentów podmiotowych i dokumentów JEDZ podwykonawców nie udostępniających zasobów;- podanie informacji o braku znanych podwykonawców w formularzu ofertowym było informacją obiektywnie nieprawdziwą, ponieważ wiedzę o podwykonawcach i oferty podwykonawcze Przystępujący miał już przed złożeniem oferty do Zamawiającemu;- zatajenie tych informacji miało wpływ na decyzję Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie zweryfikował podmiotowo podwykonawców niewskazanych w formularzu oferty. W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności powodują, że Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Po trzecie Odwołujący podniósł, iż w wykazie usług Przystępujący przedstawił zamówienie referencyjne Podwykonawcy BPK Poznań. Wbrew informacjom podanym w wykazie usług w/w zamówienie nie jest zamówieniem wykonanym. Wykonawca zamówienia, czyli Podwykonawca BPK Poznań w sprawozdaniu zarządu z działalności BPK Poznań za okres od 1 stycznia 2022 roku do 31 grudnia 2022 roku wymienia przedmiotowy projekt jako umowę „kontynuowaną w 2022r." Odwołujący podniósł, że podanie ww. informacji: - jest spowodowane przynajmniej rażącym niedbalstwem, ponieważ informacje te Przystępujący mógł zweryfikować, - podane informacje są obiektywnie nieprawdziwe, -podanie tej informacji miało wpływ na decyzje Zamawiającego, ponieważ Zamawiający na tej podstawie pozytywnie zweryfikował podmiotowo Przystępującego. W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności (pkt 2, 3) powodują, że Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut nr 3 dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Koltech, Odwołujący podniósł, iż w całości podtrzymuje w stosunku do oferty Konsorcjum Koltech argumenty przedstawione przy okazji uzasadnienia dla zarzutu nr 1a dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Podobnie jak Przystępujący, również Konsorcjum Koltech nie sprostało zadaniu polegającemu na obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny swojej oferty.

Po pierwsze Odwołujący wskazał na wycenę branży telekomunikacyjnej – Wykonawca Konsorcjum Koltech ocenił koszt pracy projektanta w specjalności telekomunikacyjnej na 333 000,00 zł netto przez okres 37 miesięcy. W zakres prac tej jednej osoby wchodzi odpowiedzialność za opracowanie następujących elementów projektu: planowanie radiowe GSM-R i 150MHz, uzgodnienia kolizji telekomunikacyjnych z podmiotami trzecimi m.in. operatorzy telekomunikacyjni i wykonanie projektów budowlanych i wykonawczych, projekt przebudowy istniejących linii teletechnicznych i zaprojektowania nowych zgodnie z Ie-108, projekt SMW i CSDIP. W ocenie Odwołującego ww. zakres jest na tyle szeroki, iż jeden projektant w zespole nie będzie w stanie przygotować całości opracowań, które należy wykonywać równolegle, a więc kwota 333 000 zł netto jest znacząco zaniżona. W ocenie Odwołującego przedstawiona przez Wykonawcę Konsorcjum Koltech kwota w wysokości 330 000,00 PLN za pracę projektanta w specjalności telekomunikacyjnej jest zaniżona i nie umożliwi zrealizowania tej części zadania w całości. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego w wycenie Wykonawcy Konsorcjum Koltech brakuje bardzo istotnego komponentu w postaci planowania radiowego. Przygotowując się do złożenia oferty Odwołujący wykonał rozpoznanie rynku i otrzymał od dwóch wiodących

podmiotów zajmujących się planowaniem radiowym wyceny dla przedmiotowego zadania na poziomie 55 000,00 PLN. W ofercie Wykonawcy Konsorcjum Koltech powyższe nie jest w ogóle brane pod uwagę, co stanowi, że nie zostały wycenione wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia, o czym świadczy fakt, że Wykonawca Koltech w załączniku nr 1 do oferty nie wskazał, iż ww. zakres będzie zlecony podwykonawcy. Jest to bardzo specyficzna część projektu wymagająca np. specjalistycznego oprogramowania kosztującego w zakresie licencji rocznej ok 50 000,00 EUR (np. oprogramowanie Atoll). Biorąc pod uwagę pozycje kosztowe opisane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Wykonawcy Konsorcjum Koltech, Odwołujący wskazuje, że ma żadnych rezerw mogących pokryć te dodatkowe koszty.

Po drugie Odwołujący wskazał na zysk i rezerwy – w ocenie Odwołującego kwota 33 000,00 zł przeznaczona na zysk w tym przypadku trzech podmiotów (a więc należy przyjąć, że jest to zysk do podziału) świadczy, o bardzo ryzykownym podejściu do sporządzenia oferty. W ocenie Odwołującego tak niski zysk jest skutkiem niedoszacowania zadania, a w związku z tym istnieje duże prawdopodobieństwo, iż Wykonawca Konsorcjum Koltech nie wykona zadania w kwocie przedstawionej w ofercie. Jak wskazano wyżej, w branży telekomunikacyjnej nie wskazano podwykonawcy mogącego zająć się wykonaniem planowania radiowego, w wariancie opracowania planowania we własnym zakresie, koszt licencji to ok. 200 000,00 PLN. Zysk na poziomie 33 000,00 PLN i rezerwa 110 000 PLN nie dają gwarancji pokrycia wszystkich nieprzewidzianych kosztów, a w związku z tym kwota wskazana w ofercie Wykonawcy Konsorcjum Koltech jest niewystarczająca do zrealizowanie zadania.

Po trzecie Odwołujący podniósł, iż 3Wykonawca Konsorcjum Koltech w swojej kalkulacji (załącznik nr 1 do pisma KIW/DZ.H/O/42/2023) wskazał ewentualne koszty dla dodatkowego personelu w postaci np. Asystenta tj. 185 000,00 PLN. Biorąc pod uwagę, iż pozycja wyżej tj. obsługa sekretariatu to koszt jednego pracownika oszacowany na 37 miesięcy za stawkę 5000,00 PLN jest tożsama na poziomie kwot z dodatkowym personelem, należy przyjąć, iż Wykonawca Konsorcjum Koltech uwzględnił zatrudnienie tylko jednego asystenta na okres trwania kontraktu. W przytoczonej kalkulacji z wyliczeniami kosztów personelu, tylko dwie pozycje projektantów składają się z dwuosobowych zespołów, w pozostałych branżach funkcjonuje tylko jeden projektant odpowiedzialny za całość prac. Bazując na swoim doświadczeniu, Odwołujący podnosi, że złożoność projektu, jego wielobranżowość i czas trwania oraz konieczność spełniania wymagań formalnych wobec Zamawiającego wymagają bardziej rozbudowanego personelu niż tylko jedna osoba asystenta przydzielana do wszystkich zespołów w zależności od potrzeb. Taka forma pracy asystenta nie gwarantuje należytego wypełniania powierzonych obowiązków. Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy Konsorcjum Koltech została błędnie skalkulowana.

Po czwarte Odwołujący wskazał w kontekście projektanta sprawdzającego na wycenę ryczałtową 20 000, 00 zł netto – zgodnie z orzecznictwem projektant sprawdzający to osoba współodpowiedzialna za projekt i jego zawartość na równi z projektantem. O ile wynagrodzenie projektanta wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przyjęte jest na poziomie zgodnym z prawem pracy, a nawet zdecydowanie wyższym, to odniesienie stawki ryczałtu w wysokości 20 000,00 zł w odniesieniu do dokumentacji, która powstaje w ciągu 37 miesięcy, a dodatkowo jest etapowana i wymaga obecności projektanta sprawdzającego przez cały okres trwania zamówienia, w szczególności na etapie KPP, PB, PW oraz innych opracowań, powoduje, że stawka godzinowa za pracę projektanta sprawdzającego znacząco odbiega od wynagrodzenia minimalnego, a tym bardziej rynkowego. W ocenie Odwołującego przyjęta kwota dla projektanta sprawdzającego nie pozwala na pokrycie kosztów faktycznego zaangażowania.

Dalej wskazano na brak ujęcia innych kosztów koniecznych do poniesienia w celu należytego wykonania zamówienia. Wykonawca Konsorcjum Koltech w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie przewidział finansowania dla następujących elementów kosztowych: a. Koszty opłat za uzgodnienia branżowe, opłaty za narady koordynacyjne, pozwolenia na budowę, pozwolenia wodno-prawne, wypisy z rejestrów gruntów oraz inne opłaty administracyjne; b. Kosztu ubezpieczenia kontraktu – oferty rynkowe na obecną chwilę oscylują wokół 250-350 tys zł, a więc znacznie więcej niż założył Wykonawca Konsorcjum Koltech; mimo że Konsorcjum przedstawiło predykcje ubezpieczycieli na dzień składania ofert, nie były to oferty. Odnotowany wzrost kosztów związanych z aktualną sytuacją rynkowa oraz brak rezerwy, z której można pokryć różnicę powoduje, że Wykonawca nie będzie w stanie zrealizować kontraktu w przedstawionych kosztach, c. Koszty sporządzenia operatów szacunkowych dla 130 nieruchomości występujących na trasie – szacowany koszt sporządzenia operatu 1000-1600 zł/szt.

Ponadto Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia w wycenie kosztów związanych z następującym zakresem inwestycji: (przewidzianym w OPZ punkt 4.2 VII Elektroenergetyka nietrakcyjna, str. 20-21): a) zabudowa instalacji fotowoltaicznej na budynkach remontowanych lub nowo zabudowanych w ramach przedmiotowej inwestycji b) zabudowa napowietrznej linii potrzeb nietrakcyjnych wzdłuż trasy linii.; (przewidzianym w OPZ punkt 4.3.7 Projekty budowlane, str. 45 pkt k): a) Elektroenergetyka powyżej 1 kV. W szczególności należy zwrócić uwagę, że punkt b) dotyczy elektroenergetyki ponad 1kV – LPN (Linia Potrzeb Nietrakcyjnych) jest linią średniego napięcia - zgodnie z zapisami dotyczącymi KPP ma to być linia 15kV AC, nie zaś dla napięcia niskiego do 1kV– (OPZ 4.3.3 Koncepcja Programowo-

Przestrzenna Zakres KPP punkt 10) str. 37. Brak jest również zakresu dotyczącego kolizji (punkt 22 z zakresu KPP opisanego w OPZ) - z linią WN 110 kV Macoszyn - Włodawa oraz Włodawa - Lubień – zakres ten równie również nie jest zakres do 1kV. Brak ww. zakresów prac wyceny potwierdza podział zadań pomiędzy konsorcjantów - w załączniku nr 2 Wykonawca Konsorcjum Koltech przewiduje wyłącznie elektroenergetykę do 1kV, ale nie przewiduje elektroenergetyki powyżej 1 kV: dla Linii Potrzeb Nietrakcyjnych, czy kolizji z liniami Wysokiego Napięcia. W załączniku nr 2 do IDW obydwaj Konsorcjanci wskazali personel i udział w realizacji zakresu usług branży elektroenergetycznej do 1KV. Nie zostały wskazane, żadne dodatkowe firmy podwykonawcze ani żaden z Członków Konsorcjum odpowiedzialny za wyższe napięcia – średnie dla Linii Potrzeb Nietrakcyjnych oraz wysokie dla kolizji z istniejącymi liniami Wysokiego Napięcia. Dodatkowo zakres wysokiego napięcia może wymagać również pracy projektanta branży konstrukcyjnej. Cały ten zakres Odwołujący szacuje na wartość powyżej 500 tys zł, która nie została uwzględniona w ofercie Wykonawcy Konsorcjum Koltech.

Na koniec Odwołujący podniósł, iż w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, Wykonawca Konsorcjum Koltech nie wskazał dokładnego przypisania zakresów do poszczególnych konsorcjantów, a Zamawiający dopuścił się zaniechania przez brak odrzucenia oferty Wykonawcy ICD ze względu na brak złożenia rzetelnych wyjaśnień. Brak jest wyraźnego rozbicia oferty na wynagrodzenie, koszty i zyski poszczególnych konsorcjantów, co powoduje, że ewentualne straty, błędy w kalkulacji, niedoszacowania lub brak pokrycia zakresów realizacyjnych zadania są ukryte pod zbyt ogólnymi wyjaśnieniami. Dla branży torowej, telekomunikacyjnej, sanitarnej oraz elektroenergetycznej w załączniku nr 2 do IDW, prace zostały wskazane dla dwóch z konsorcjantów. Konsorcjum nie wyjaśniło w jaki sposób te branże zostaną podzielone (np. odcinkowo, lub w postaci poszczególnych obiektów) pomiędzy poszczególnych Konsorcjantów, a jeśli nie zostały podzielone na etapie oferty – w jaki sposób zostały skalkulowane koszty dla każdego z Konsorcjantów. W przypadku realizacji „odcinkowej" przez Konsorcjantów, wątpliwości budzi kalkulacja kosztów realizacji danej branży, np. dla branży telekomunikacyjnej: która z firm scala całość projektu, która z nich wykonuje planowanie radiowe, która projektuje maszty GSMR, czy łączność VHF – są to elementy, które powinny być opracowane wspólnie i jednolicie dla całego zakresu. W związku tym jeden etat projektanta w opinii Odwołującego nie uwzględnia wszystkich tych kosztów. Podobnie wygląda sytuacja z Linią Potrzeb Nietrakcyjnych. W podziale w załączniku nr 2, brakuje również jasnego podziału dla takich elementów jak: p.. personel w zakresie opracowania OPZ, kosztorysów, STWiORB, która z firm zapewnia Biuro na czas realizacji zadania. W ocenie Odwołującego, powyższe uniemożliwia pozytywną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum Koltech.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podniósł, że znaczący zakres zamówienia ma być zrealizowany przez podwykonawców – wartościowo 2 470 000,00 zł netto. Odwołujący nie ma dostępu do ofert podwykonawczych złożonych wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, niemniej jednak stawia zarzut, iż oferty są tak jak w przypadku Przystępującego ogólne, lakoniczne i nie pozwalają na przyjęcie, iż stanowią rzetelny dowód na realność wyceny. Z tego też względu Odwołujący podniósł, że dla zakresu zamówienia o wartości 2 470 000,00 zł netto Wykonawca Konsorcjum Koltech nie przedstawił wyjaśnień uzasadniających przyjęte w wycenie wartości, co stanowi, iż cena oferty tego Wykonawcy jest ceną rażąco niską.

Zamawiający w dniu 15 stycznia 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. W piśmie przedstawiono argumentację odnoszącą się do każdego z zarzutów.

W dniu 15 stycznia 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i odnosząc się do zarzutów dotyczących jego oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Infra - Centrum Doradztwa Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania wskazanych w art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołującywypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w

konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, który podnosił, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania wskazanych ww. przepisie. Izba stwierdziła, iż argumentacja Przystępującego została oparta na niezgodnym ze stanem faktycznym założeniu, że Odwołujący nie odniósł się w uzasadnieniu odwołania do przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Podkreślić należy, że pojęcie szkody w rozumieniu cywilistycznym obejmuje zarówno uszczerbek o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym. W zamówieniach publicznych, w kontekście środków ochrony prawnej, szkoda co do zasady materializuje się w utracie możliwości uzyskania przez wykonawcę zamówienia, a w konsekwencji zysku z jego realizacji. Jak wskazano m.in. w wyroku z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1085/21,szkoda na gruncie zamówień publicznych wyraża się w stracie majątkowej wywołanej brakiem możliwości uzyskania zamówienia. Izba stwierdziła, iż Odwołujący w treści odwołania wprost wskazał, iż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, które zaskarżono odwołaniem, pozbawia Odwołującego przedmiotowego zamówienia, uniemożliwia Odwołującemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i osiągnięcie zysku z jej realizacji. Nie budzi wątpliwości Izby, że w tym właśnie przejawia się możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie można zatem zgodzić się z Przystępującym, że Odwołujący nie odniósł się w treści odwołaniu do kwestii szkody. Sam brak użycia słowa „szkoda" nie powoduje, że nie wykazano przedmiotowej przesłanki.

Izba orzekając uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w tym pisemne stanowiska Stron i Uczestnika oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym oraz Konsorcjum Koltech w zakresie wyliczenia ceny, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym w zakresie zasobów podmiotu trzeciego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 2.1. SWZ- Tom I IDW przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Rewitalizacji połączenia Chełm – Włodawa wraz z poprawą dostępności transportu kolejowego w m. Włodawa" realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej Kolej + do 2029 roku. Wykonanie przedmiotu Zamówienia nastąpi w dwóch Fazach, tj. na zakres prac objętych przedmiotem zamówienia składają się Etapy przewidziane w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym stanowiącym Załącznik do WU: 1) Faza I (zakres podstawowy Zamówienia) - opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wymaganymi prawem pozwoleniami i uzgodnieniami niezbędnymi do zrealizowania robót budowlanych oraz świadczenie usług przewidzianych na etapie przetargu, 2) Faza II (Prawo Opcji) - pełnienie nadzoru autorskiego na czas trwania i odbioru robót budowlanych (od przekazania wykonawcy robót placu budowy do czasu dokonania ostatniego Odbioru końcowego) objętych opracowaną dokumentacją projektową dla przedmiotowego zadania.

Zgodnie z pkt 8.3.3. Tom 1 SWZ – IDW jeżeli Wykonawca, wykazuje spełnienie warunków, o których mowa w pkt 8.2.3-8.2.4 i 8.6 IDW i powołuje się na zasoby podmiotów udostępniających zasoby, w celu wykazania braku wobec niego podstaw do wykluczenia oraz spełnienia w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby warunków udziału w Postępowaniu – zamieszcza informację o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w Formularzu Ofertowym.

W pkt 8.4 Tom 1 SWZ – IDW wskazano, iżw stosunku do Podwykonawców, na zasobach których Wykonawca nie polega, jeśli jest już wiadome Wykonawcy, jakim Podwykonawcom zamierza powierzyć wykonanie części Zamówienia, Zamawiający zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia (…). Zgodnie z pkt 8.4.1. jeżeli wobec Podwykonawcy, na zasobach których Wykonawca nie polega, zachodzą podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił tego Podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części Zamówienia. Ponadto w pkt 8.5Tom 1 SWZ – IDW wskazano, iż jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z pkt 8.6.1 Tom 1 SWZ – IDW w zakresie warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) usług polegających na wykonaniu co najmniej dwóch [2] opracowań wielobranżowej dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej projekt budowlany) w zakresie minimum czterech [4] branż dla Budowy lub Przebudowy linii kolejowej na długości min. 20 km. Łącznie ww. opracowania powinny

obejmować w swym zakresie co najmniej dwa [2] szlaki, jedną [1] stację kolejową oraz dwa [2] przejazdy kat. A lub B, przy czym każda ze stacji powinna posiadać przynajmniej jeden tor główny zasadniczy oraz jeden tor główny dodatkowy. W oparciu o powyższe dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. Z podaniem przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów czy usługi zostały wykonane należycie. Ocena spełniania ww. warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w pkt 9 IDW. W pkt 9.6.1 Tom 1 SWZ – IDW wskazano, iż na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Zamawiający wymaga złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane (sporządzonego wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do IDW).

Pkt 9.3 Tom I SWZ – IDW stanowi, iż Wykonawca wskazujący Podwykonawców, którym zamierza powierzyć wykonanie części Zamówienia a na których zasobach nie polega, jeżeli są już znani, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia, wskazanych w pkt 8.4 IDW, składa Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik Nr 5B do IDW, dotyczący każdego z tych Podwykonawców.

Zgodnie z pkt 15.1 Tom I SWZ – IDW do Formularza złożenia oferty przekazywanego za pośrednictwem Platformy Zakupowej, należy załączyć m.in. następujące dokumenty: a) Formularz Ofertowy sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 wraz z odpowiednim Załącznikiem 1A i 1B do IDW; c) Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia - sporządzone w przypadku, gdy Wykonawca polega na zasobach innego podmiotu zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku Nr 3 do IDW lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów; e) Jednolity Dokument dla Wykonawcy/każdego z Wykonawców występujących wspólnie oraz Jednolity Dokument dla każdego z podmiotów, na którego zasoby powołuje się Wykonawca w celu spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz Jednolity Dokument dla Podwykonawcy, o którym mowa w pkt 9.

W pkt 22.1 Tom I SWZ – IDW wskazano, iż Zamawiający dopuszcza powierzenie wykonania części lub całości niniejszego zamówienia Podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w Formularzu Ofertowym (Załącznik nr 1 do IDW) części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć Podwykonawcom oraz podać (o ile są już znane) firm/nazwy tych Podwykonawców. Zgodnie z pkt 22.2. powierzenie wykonania części Zamówienia Podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie Zamówienia. W pkt 22.3 wskazano, iż w przypadku zmiany lub rezygnacji z Podwykonawcy (dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca jest obowiązany wykazać, że proponowany inny Podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż Podwykonawca, na którego zasoby Wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. W pkt 22.4 wskazano zaś, iż jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w pkt 8.4 IDW, Wykonawca obowiązany jest zastąpić tego Podwykonawcę innym Podwykonawcą lub zrezygnować z powierzania wykonania części Zamówienia danemu Podwykonawcy pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części zamówienia.

W postępowaniu wpłynęło osiem ofert, m.in. oferta Odwołującego z ceną całkowitą brutto 15 418 050,00 zł, w tym zakres podstawowy brutto: 13 876 245,00 zł, prawo opcji 1 541 805,00 zł, oferta Przystępującego z ceną całkowitą brutto 11 063 822.94 zł, w tym zakres podstawowy brutto: 9 957 440,65 zł, prawo opcji 1 106 382,29 zł, oferta Konsorcjum Koltech z ceną całkowitą brutto 13 013 400,00 zł, w tym zakres podstawowy brutto: 11 712 060,00 zł, prawo opcji 1 301 430,00 zł.

Przystępujący w formularzu ofertowym w pkt 11 oświadczył, iż wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 57 ust. 2 Ustawy będzie polegać na zasobach następujących podmiotów (na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 i 3 Ustawy): Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W pkt 12 Przystępujący oświadczył, że zrealizuje zamówienie z udziałem podwykonawców: a) polegając na zasobach podmiotów wymienionych w pkt 11, na zasadach określonych w art. 118 ust. 2 ustawy z Pzp wykonanie następujących części Zamówienia: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. - Prace w zakresie pkt. 4.3.3, 4.3.7, 4.3.8, 4.3.10, 4.3.11, 4.3.12, 4.3.16, 4.3.17, 4.3.18 OPZ; b) Podwykonawcom, na zasobach których wykonawca nie polega powierzy wykonanie następujących części zamówienia: Branża sieć trakcyjna, Branża obiekty inżynieryjne, Branża geodezja, Branża geologia, Branża ochrona środowiska, Branża drogowa, Branża konstrukcyjno-budowlana, Branża srk, Branża teletechnika. Przystępujący wskazał, iż podwykonawca nie jest jeszcze znany na etapie składania ofert.

Do oferty Przystępujący załączył zobowiązania podmiotu udostepniającego zasoby do dyspozycji wykonawcy na

potrzeby realizacji zamówienia – Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., w którym podmiot ten zobowiązał się do oddania Przystępującemu na potrzeby wykonania Zamówienia zasobów - zdolność techniczna lub zawodowa – Rozdział 8.6.1 IDW. Ww. podmiot oświadczył, iż: a) udostępnia Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: Udostępnienie zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej, niezbędnego do wykonania wyżej wskazanego zamówienia. Zasoby te obejmują sumę zdolności zawodowych, wypracowanych przy realizacji projektów w podobnym zakresie dot. warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Rozdziale 8.6.1. IDW; b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący: Oddanie do dyspozycji Wykonawcy przez Udostępniającego, niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia, w szczególności wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego i innych wynikających z potrzeb w całym okresie realizacji Zamówienia. Udostepniający zobowiązuje się do faktycznej i rzeczywistej współpracy przy częściowej realizacji ww. zamówienia, w postaci świadczenia usług doradczych i konsultacyjnych; c) charakter stosunku łączącego z Wykonawcą będzie następujący: Umowa o podwykonawstwo, d) zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: oddanie do dyspozycji Wykonawcy zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej niezbędnych do realizacji powyższego zamówienia, w szczególności prace w zakresie pkt. 4.3.3, 4.3.7, 4.3.8, 4.3.10, 4.3.11, 4.3.12, 4.3.16, 4.3.17, 4.3.18 OPZ; e) okres o udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: Cały okres realizacji zamówienia.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert wezwał Przystępującego pismem z dnia 8 sierpnia 2023 r. do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, iż uwzględniając postanowienia art. 224 ust. 2 Ustawy cena w złożonej przez Państwa ofercie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny oferty zarówno w oparciu o średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, jak i w zakresie kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wskazał, iż cena oferty Wykonawcy za: - zakres podstawowy zamówienia wynosi: 9 957 440,65 zł brutto i jest niższa o 46,33 % od wartości zamówienia za ww. zakres powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. kwoty 18 554 442,89 zł brutto, - Prawo Opcji wynosi 1 106 382,29 zł brutto i jest niższa o 40,37 % od wartości zamówienia za Prawo Opcji powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. kwoty 1 855 444,29 zł brutto, - cena całkowita oferty Wykonawcy wynosi 11 063 822,94 zł brutto i jest niższa o 45,79 % od wartości za całe zamówienie powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. kwoty 20 409 887,18 zł brutto. Zamawiający zauważył też, że cena całkowita oferty Wykonawcy, jak również cena za zakres podstawowy i cena za Prawo Opcji są niższe o 33,23% od średniej arytmetycznej cen odpowiednio: wszystkich złożonych ofert, która wynosi 16 570 981,14 zł brutto, cen za zakres podstawowy, która to średnia wynosi 14 913 883,02 zł brutto oraz cen za Prawo Opcji, gdzie średnia wynosi 1 657 098,11 zł brutto. Taki procentowy poziom odniesienia oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jak również do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania daje Zamawiającemu podstawę do założenia, iż oferta mogła zostać przez Państwa nienależycie skalkulowana lub skalkulowana poniżej kosztów tego zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający zwrócił się o złożenie wyczerpującej i szczegółowej informacji czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia a cena ofertowa zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z SWZ Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie oferty m.in.: wszystkie niezbędne analizy, powiązania z innymi projektami oraz elementy ryzyka. Ponadto obowiązany jest zapewnić na etapie realizacji zamówienia odpowiednio wykwalifikowanych pracowników, których należy wyposażyć w odpowiednie oprogramowanie komputerowe, sprzęt niezbędny do badań w terenie, wykonać badania i opracować dokumentację geotechniczną i geologiczno-inżynierską, geodezyjną dokumentację do celów projektowych, pozyskać kopie map ewidencyjnych, wypisy i wyrysy, opracować koncepcję programowo przestrzenną, pozyskać decyzję środowiskową, decyzję lokalizacyjną, pozwolenie wodnoprawne, opracować projekt budowlany, projekty wykonawcze, oraz na ich podstawie uzyskać pozwolenie na budowę, dokonać certyfikacji na etapie projektowania, opracować dokumentację przetargową wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego objętego prawem opcji. Wykonawca musi ponieść niezbędne koszty stałe, na które składają się koszty ubezpieczeń, zatrudnienia, zaplecza biurowego, transportu i delegacji, koszty wydruku, obsługi biurowej, itp.; zapewnić zgodność 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; ponieść koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Poszczególne etapy realizacji zamówienia wymagają zatrudnienia personelu dedykowanego o odpowiednim doświadczeniu wymaganym przez Zamawiającego oraz pozyskania niezbędnych danych, w tym

uzgodnień i konsultacji z instytucjami zewnętrznymi. Realizacja zamówienia wymaga też od Wykonawcy efektywnej współpracy ekspertów poszczególnych branż w celu zapewnienia realizacji etapów wymagających takiej współpracy wraz z planowanym podziałem na zakres prac, który będzie realizowany bezpośrednio przez Wykonawcę oraz ten który będzie realizowany przy udziale Podwykonawców. Zamawiający poprosił o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych, powyżej, ale także innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Zamawiający wskazał, iż oczekuje również przedstawienia stosownych dowodów na potwierdzenie wyjaśnień. Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Zamawiający pouczył Przystępującego, iż niezłożenie wyjaśnień w ww. terminie skutkować będzie odrzuceniem oferty na mocy art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy. Na mocy tej samej podstawy prawnej oferta zostanie odrzucona, jeżeli dokonana przez Zamawiającego ocena przedłożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia (34 strony) wraz z dowodami, w tym zestawieniem wyliczeń oraz ofertami podwykonawców (w tym ofertą BPK w Poznaniu). W wyjaśnieniach zawarto m.in. zestawienie zawierające elementy wyceny, zestawienie kosztów stałych, zakres prac wykonywanych przez podwykonawców, zestawienie personelu podwykonawców, koszty wynagrodzenia podwykonawców, koszty biura, zestawienie zaangażowania personelu, zestawienie kosztów wynagrodzenia personelu (z podziałem na personel Przystępującego i podwykonawców). W zakresie podwykonawstwa w wyjaśnieniach wskazano m.in., iż wynagrodzenie podwykonawców stanowi łącznie kwotę 6 855 805 zł. Przystępujący wskazał, iż część prac objętych projektem zostanie wykonania przez Podwykonawców. Wykonawca na etapie wyceny przedmiotu zamówienia założyło zlecenie podmiotom zewnętrznym następującego zakresu prac: analizy techniczne; prace środowiskowe; prace geologiczne i geotechniczne; prace geodezyjne; wykonanie operatów szacunkowych; certyfikacja. Przystępujący w odniesieniu do firmy BPK w Poznaniu wskazał zakres prac: Analizy techniczne w zakresie branży torowej, obiektów inżynieryjnych, konstrukcyjno - budowlanej (kubatura, perony, ekrany), trakcyjnej, elektroenergetycznej, drogowej (wraz z całą organizacją ruchu), sanitarnej, sieci i instalacje, telekomunikacyjnej, teletechniki i SRK oraz Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, Systemów Monitoringu Wizyjnego, Interoperacyjności i Bezpieczeństwa systemu kolejowego. Odnosząc to do treści OPZ wskazał: Faza I: 4.3.1 Inwentaryzacje i uzgodnienia; 4.3.3 Koncepcja Programowo-Przestrzenna; 4.3.4 Opracowanie i złożenie wniosków dla uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz pozyskanie tych decyzji; 4.3.7 Opracowanie projektów budowlanych; 4.3.9 Projekty wykonawcze; 4.3.10 Projekt stałej organizacji ruchu drogowego; 4.3.11 Bezpieczeństwo systemu kolejowego; 4.3.12 Interoperacyjność; 4.3.13 Wystąpienie do Prezesa UTK; 4.3.15 Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych; 4.3.16 Opracowanie materiałów przetargowych; 4.3.17 Przedmiary i Kosztorysy. Faza II: 4.4. Obowiązki na etapie postępowania przetargowego oraz realizacji robót budowlanych. W zakresie podwykonawstwa GEOSTUDIO Maciej Maślakowski w Legionowie zakres prac określono jako:Prace w zakresie opracowania dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej - punkt 4.3.8 OPZ., zaś odnosząc to do treści OPZ: Faza I: 4.3.8 Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej. Odnośnie podwykonawstwa GCPS sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie zakres prac określono jako: Prace w zakresie opracowania geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych - punkt 4.3.6 OPZ oraz operatów szacunkowych - punkt 4.3.5 OPZ, zaś odnosząc to do treści OPZ: Faza I: 4.3.5 Operaty szacunkowe; 4.3.6 Geodezyjna dokumentacja do celów projektowych. W zakresie podwykonawcy Asanga - Pracownia Analiz Środowiskowych W Warszawie zakres prac określono jako: Prace w zakresie ochrony środowiska - punkt 4.3.2 OPZ (w tym operaty wodnoprawne), a odnosząc to do treści OPZ wskazano: Faza I: 4.3.2 Obowiązki w zakresie ochrony środowiska. W odniesieniu do podwykonawstwa CERTA JN sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu/Certyfikacja Infrastruktury Transportu sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zakres prac określono jako: Prace w zakresie wykonania certyfikacji dla podsystemów Infrastruktura i Energia - punkt 4.3.14 OPZ, zaś odnosząc to do treści OPZ jako: Faza I: 4.3.14 Certyfikacja.

Przystępujący wskazał ponadto, iż personel wskazany w OPZ realizujący prace w zakresie branż powierzonych ww. firmom zostanie zapewniony przez poszczególnych Podwykonawców. Koszty wynagrodzeń personelu Podwykonawców zostaną pokryte przez Podwykonawców. Każdy z Podwykonawców w swojej ofercie wskazał, że wynagrodzenie całego zespołu zaangażowanego do realizacji przedmiotowego Projektu będzie spełniało wymagania minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), a także obejmuje koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym obowiązujących w miejscu, w którym będzie realizowane zamówienie. Zespół zapewniony przez Podwykonawców zostanie zatrudniony

w oparciu o umowę o pracę lub w oparciu o umowę cywilno-prawną. Każdy z oferentów Wykonawcy zapewnił, że regularnie pokrywa i nie zalega w zakresie kosztów ubezpieczeń społecznych, kosztów podatkowych powstałych w wyniku zatrudnienia personelu. Przystępujący przedstawił tabelę zawierającą zestawienie personelu wymaganego zapisami OPZ wraz z informacją, który Podwykonawca go zapewni, zestawienie przygotowano na podstawie ofert. Dalej wskazano, iż koszty wydruków, oprawy i ich przesłania/dostarczenia Dokumentacji Projektowej ponoszą poszczególni Podwykonawcy. Firmy, z którymi Wykonawca planuje nawiązać współprace w ramach przedmiotowego Projektu, stanowią instytucje o dużym doświadczeniu w swoich dziedzinach i bogatym portfolio z sukcesem zrealizowanych projektów. Podwykonawcy w dotychczasowej współpracy zawsze wykazywali się wysokim profesjonalizmem i zaangażowaniem. Zgodnie z dotychczasową praktyką, Podwykonawcy w ramach przedstawionych ofert cenowych pokrywają koszty stałe i koszty osobowe, zapewniają odpowiednie oprogramowanie komputerowe oraz sprzęt niezbędny do badań w terenie. Przystępujący przedstawił tabelę zawierającą zestawienie kosztów wynagrodzenia Podwykonawcy. W celu przedstawienia dowodów potwierdzających wysokość wynagrodzenia poszczególnych Podwykonawców zaangażowanych w realizację przedmiotowego projektu do wyjaśnień Przystępujący załączył oferty potwierdzające gotowość do realizacji przedmiotowego projektu za wynagrodzenie wskazane przez Wykonawcę.

Zamawiający pismem z 8 sierpnia 2023 r. wezwał także Konsorcjum Koltech do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, iż uwzględniając postanowienia art. 224 ust. 2 Ustawy cena w złożonej ofercie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zamawiający wskazał, iż powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny oferty w oparciu o kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotowego zamówienia. Cena oferty Wykonawcy za: - zakres podstawowy zamówienia wynosi: 11 712 060,00 zł brutto i jest niższa o 36,88 % od wartości zamówienia za ww. zakres powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. kwoty 18 554 442,89 zł brutto, - Prawo Opcji wynosi 1 301 340,00 zł brutto i jest niższa o 29,86 % od wartości zamówienia za Prawo Opcji powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. kwoty 1 855 444,29 zł brutto, - cena całkowita oferty Wykonawcy wynosi 13 013 400,00 zł brutto i jest niższa o 36,24 % od wartości za całe zamówienie powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania tj. kwoty 20 409 887,18 zł brutto. Taki procentowy poziom odniesienia oferty do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania daje Zamawiającemu podstawę do założenia, iż oferta mogła zostać przez Państwa nienależycie skalkulowana lub skalkulowana poniżej kosztów tego zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający zwrócił się o złożenie wyczerpującej i szczegółowej informacji czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia a cena ofertowa zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. Dalsza część wezwania miała taką samą treść jak wezwanie skierowane do Przystępującego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum Koltech wskazało, iż oferta Konsorcjumnie zawiera ceny rażąco niskiej, tj. takiej, która nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia lub prowadzi do wykonania zamówienia poniżej kosztów rentowności przy realizacji przedmiotowego zamówienia oraz przedstawiło stosowne wyjasnienia (9 stron) wraz z dowodami. Do wyjaśnień załączono m.in. kalkulację elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny oraz oferty podwykonawcze.

Zamawiający w dniu 11 września 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na ro wezwanie Przystępujący złożył m.in. Wykaz usług, w którym wskazał: 1. zamówienie „Wykonanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji administracyjnych dla linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie dla projektu: "Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie" - część 1, odcinek st. Poznań Główny - st. Wronki (włącznie) tj. od km 0,000 do km 52,265” zrealizowane przez Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jako termin rozpoczęcia i zakończenia realizacji zamówienia wskazano 01.2016-10.2018; 2. Zamówienie „Wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Prace na liniach kolejowych nr 14, 811 na odcinku na odcinku Łódź Kaliska - Zduńska Wola – Ostrów Wielkopolski”, Etap I: Łódź Kaliska – Zduńska Wola zrealizowane przez Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. na rzecz ZUE S.A., jako termin rozpoczęcia i zakończenia realizacji zamówienia wskazano 03.2017-03.2019.

Ponadto Izba ustaliła, iż pismem z dnia 20 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści zobowiązania podmiotu udostepniającego zasoby do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia oraz oferty. W treści wezwania wskazano:

„W złożonej w dniu 03.07.2023 r. ofercie oświadczyliście Państwo w pkt 11 Formularza Ofertowego, iż wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu będziecie polegać na zasobach następującego podmiotu: Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 68, 61-891 Poznań, w zakresie prac wskazanych w pkt

4.3.3, 4.3.7, 4.3.8, 4.3.10, 4.3.11, 4.3.12, 4.3.16, 4.3.17, 4.3.18 Tomu III SWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ"). Do oferty zostało również załączone ZOBOWIĄZANIE PODMIOTU UDOSTĘPNIAJACEGO ZASOBY DYSPOZYCJI WYKONAWCY NA POTRZEBY REALIZACJI ZAMÓWIENIA (dalej: „Zobowiązanie"), z którego wy że Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. (dalej: „PUZ") udostępnienia Wykonawcy zasoby w postaci zdolności technicznej lub zawodowej, niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia, a zasoby te obejmują sumę zdolności zawodowych, wypracowanych przy realizacji projektów w podobnym zakresie dot. warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w pkt 8.6.1. Tom I SWZ – Instrukcji dla Wykonawców (dalej: „IDW") oraz, że PUZ zobowiązuje się do „faktycznej i rzeczywistej współpracy przy częściowej realizacji ww. zamówienia, w postaci świadczenia usług doradczych i konsultacyjnych", na podstawie „umowy o podwykonawstwo". Na koniec PUZ wskazuje, że zakres jego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie polegał na „oddaniu do dyspozycji Wykonawcy zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej niezbędnych do realizacji powyższego zamówienia, w szczególności prace w zakresie poniższych punktów OPZ": 4.3.3 - tj.: Koncepcja Programowo-Przestrzenna, 4.3.7- tj.: Opracowanie projektów budowlanych, 4.3.8- tj.: Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej, 4.3.10- tj.: Projekt stałej organizacji ruchu drogowego, 4.3.11- tj.: Bezpieczeństwo systemu kolejowego, 4.3.12- tj.: Interoperacyjność, 4.3.16- tj.: Opracowanie materiałów przetargowych, 4.3.17- tj.: Przedmiary i Kosztorysy, 4.3.18 - brak ww. pkt w OPZ. Zgodnie z zapisem art. 118 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1605) - dalej: „Ustawa" 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, co oznacza, iż z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w ww. zakresie winno wynikać, że podmiot ten rzeczywiście będzie brał udział w realizacji części usług, a stopień i zakres zaangażowania będą adekwatne do postawionego warunku – wykazania się posiadaniem doświadczenia, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) w swoich wyrokach nie uznawała za wystarczające do spełnienia wymogów art. 118 ust. 2 Ustawy takiego np. opisu: „konsultacje i doradztwo wspierać będą członków Konsorcjum Wykonawców w realizacji przez nich przedmiotu zamówienia, w oparciu o całość doświadczeń zawodowych zgromadzonych przez podmiot MILESTONE sp. z o.o. w toku wielu lat prowadzenia przez to przedsiębiorstwo działalności gospodarczej (...)" (wyrok KIO z 4.01.2023 r., KIO 3308/22, LEX nr 3509458). W sprawie tej oferent nie uzasadnił wystarczająco, także po wezwaniu do złożenia wyjaśnień, że podwykonawca będzie brał czynny i realny udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć, że wymagane w niniejszym postępowaniu od Wykonawcy doświadczenie opisane w pkt 8.6.1 IDW dotyczy wykazania realizacji „usług polegających na wykonaniu co najmniej dwóch [2] opracowań wielobranżowej dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej projekt budowlany) w zakresie minimum czterech [4] branż dla Budowy lub Przebudowy linii kolejowej na długości min. 20 km.(...)". Złożony przez Wykonawcę (na potwierdzenie spełniania ww. warunku) Wykaz Usług opisuje wykonanie dwóch dokumentacji projektowych przez Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o., czyli PUZ-a. W ww. Wykazie Usług nie zostało wykazane żadne inne doświadczenie (wymagane przez Zamawiającego zgodnie z zapisem pkt 8.6.1 IDW) np. zdobyte przez samego Wykonawcę, co jednoznacznie wskazuje, że całość dokumentacji projektowej (wielobranżowy projekt budowlany) będący przedmiotem niniejszego zamówienia winien wykonać PUZ, a nie Wykonawca (z udziałem podwykonawców wskazanych w pkt. 12 lit. b) Formularza Ofertowego), gdyż nie przedstawił żadnych dowodów posiadania samodzielnie wymaganego zgodnie z pkt 8.6.1. IDW doświadczenia.

Treść złożonego Zobowiązania nie jest dla Zamawiającego jednoznaczna. Z jednej strony PUZ zobowiązuje się do „faktycznej i rzeczywistej współpracy przy częściowej realizacji ww. zamówienia", która to współpraca nastąpi w oparciu o „umowę o podwykonawstwo", co sugeruje Zamawiającemu, że PUZ jako podwykonawca wykorzysta posiadane doświadczenie i „wykona" (jak mówi art. 118 ust. 2 Ustawy) niniejsze zamówienie w zakresie opracowania dokumentacji projektowej (wielobranżowego projektu budowlanego). Z drugiej strony PUZ „ogranicza" swoje zaangażowanie w realizację zamówienia poprzez wskazanie, że ww. współpraca przy realizacji nastąpi na zasadzie „świadczenia usług doradczych i konsultacyjnych", co pozostaje w pewnej w sprzeczności z zadeklarowanym w innym miejscu „Oddaniem do dyspozycji Wykonawcy przez Udostępniającego, niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia, w szczególności wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego i innych wynikających z potrzeb w całym okresie realizacji Zamówienia" na podstawie umowy podwykonawczej, gdyż konsultacje nie są przedmiotem niniejszego zamówienia, a więc przedmiotem ani wykonawstwa, a więc nie mogą być przedmiotem podwykonawstwa o którym mowa w treści §17 Tomu II SWZ-Warunków Umowy.

Przy wyjaśnieniu treści Zobowiązania nie sposób nie zwrócić uwagi na zapis pkt 12 lit. b) Formularza Ofertowego, gdzie widnieje oświadczenie Wykonawcy, z treści którego wynika, iż w zakresie branż: sieć trakcyjna, obiekty inżynieryjne, geodezja, geologia, ochrona środowiska, drogowa, konstrukcyjno-budowlana, srk oraz teletechnika, Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na zasobach których nie polega.

Wobec powyższego Zamawiający wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień: a) działając na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy w zakresie treści Zobowiązania, która w obecnym kształcie może budzić wątpliwości co do faktycznego udziału PUZ-a przy realizacji zamówienia w świetle zapisu art. 118 ust. 2 Ustawy – określenia w sposób jednoznaczny na czym będzie polegał udziału PUZ-a przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, b) działając na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy w zakresie złożonej przez Państwa oferty poprzez wskazanie, jakie części zamówienia (punkty OPZ) będą realizowane przez podwykonawców w branżach wskazanych pkt 12 lit. b) Formularza Ofertowego."

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia (pismo z 23 listopada 2023 r.), w których wskazał, iż *„załącza do niniejszego pisma Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia – Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o.Jednocześnie wskazuję, że na skutek zbycia udziałów przez dotychczasowego wspólnika Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. w dniu 10.08.2023 r., spółka Infra – Centrum Doradztwa sp. z o.o. stała się jedynym udziałowcem wskazanej spółki, uzyskując przy tym całkowitą kontrolę właścicielską. Wskazane działanie daje wykonawcy gwarancję zarówno cen zawartych w umowie podwykonawczej jak i zapewnia realność uzyskanych zasobów. Na potwierdzenie nabycia udziałów spółki Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. przedkładam aktualny odpis z rejestru KRS spółki Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o."* Dalej Przystępujący wskazał, iż *„oświadcza, że ma zamiar zlecić do podwykonania następujące branże: geologia – w zakresie pkt. 4.3.8 Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej, geodezja – w zakresie pkt. 4.3.5 Operaty szacunkowe oraz pkt. 4.3.6 Geodezyjna dokumentacja do celów projektowych, opracowania środowiskowe – w zakresie pkt. 4.3.2 Obowiązki w zakresie ochrony środowiska. W zakresie oświadczenia dotyczącego podwykonawców w pozostałych branżach wskazanych w pkt 12 lit. b Formularza Ofertowego, tj.: sieć trakcyjna, obiekty inżynieryjne, drogowa, konstrukcyjno-budowlana, srk oraz teletechnika, wskazuję, że został on wypełniony z ostrożności, na wypadek nieprzewidzianych sytuacji w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Prace w powyższych branżach w części merytorycznej, technicznej i projektowej, zostaną zrealizowane przez podmiot udostępniający zasoby tj. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. i Wykonawca nie zamierza korzystać z usług innych podmiotów w powyższym zakresie. Ewentualne podwykonawstwo w zakresie wyżej wymienionych branż odpowiadałoby następującym punktom OPZ: 4.3.1. Inwentaryzacja i uzgodnienia. Z uwagi na dużą odległość od miejsca inwestycji, celem zoptymalizowania kosztów dojazdów, noclegów, pobytów wykonawca rozważa zlecenie wykonania inwentaryzacji, pomiarów, uzgodnień na terenie inwestycji lub w ośrodkach i urzędach właściwych dla przedmiotowej lokalizacji inwestycji, firmom zewnętrznym w wymienionych wyżej branżach projektowych. 4.4.2. Pełnienie nadzoru autorskiego. Z uwagi na odległą lokalizację inwestycji, Wykonawca rozważa możliwość zlecenia podwykonawcom pełnienia nadzoru autorskiego na terenie budowy. Powyższe jest jednak jedynie wstępnym założeniem, a decyzja o podzlecaniu innym firmom powyższych zadań, zostanie podjęta na etapie realizacji umowy."*

Do pisma załączono zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby - Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., w którym wskazano m.in. ww. podmiot zobowiązuje się do oddania nw. zasobów na potrzeby wykonania Zamówienia: zdolność techniczna lub zawodowa – Rozdział 8.6.1 IDW. Ww. podmiot oświadczył, iż: a) udostępnia Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: Udostępnienie zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej, niezbędnego do wykonania wyżej wskazanego zamówienia. Zasoby te obejmują sumę zdolności zawodowych, wypracowanych przy realizacji projektów w podobnym zakresie dot. warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Rozdziale 8.6.1. IDW; b) sposób wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący: Oddanie do dyspozycji Wykonawcy przez Udostępniającego, niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia, w szczególności wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego i innych wynikających z potrzeb w całym okresie realizacji Zamówienia. Udostepniający zobowiązuje się do faktycznej i rzeczywistej współpracy przy realizacji ww. zamówienia, w zakresie prac przewidzianych w pkt. 4.3.1, 4.3.3, 4.3.4, 4.3.7, 4.3.9, 4.3.10, 4.3.11, 4.3.12, 4.3.13, 4.3.15, 4.3.16, 4.3.17, 4.4 OPZ, przez cały okres realizacji przedmiotowego Zamówienia, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ, OPZ oraz pozostałymi dokumentami postępowania; c) charakter stosunku łączącego z Wykonawcą będzie następujący: Umowa o podwykonawstwo; d) zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: Oddanie do dyspozycji Wykonawcy zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej niezbędnych do realizacji powyższego zamówienia, w szczególności prace w zakresie pkt. 4.3.1, 4.3.3, 4.3.4, 4.3.7, 4.3.9, 4.3.10, 4.3.11, 4.3.12, 4.3.13, 4.3.15, 4.3.16, 4.3.17, 4.4 OPZ; e) okres udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: Cały okres realizacji zamówienia.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Drugie miejsce w rankingu ofert zajęła oferta Konsorcjum Koltech, a trzecie miejsce oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba za niewykazany uznała zarzut nr 1a, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego, pomimo że powinna ona podlegać odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

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. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, iż 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 zaś z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby okoliczności podniesione w odwołaniu nie wskazywały na dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonych przez Przystępującego.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż o rażąco niskiej cenie oferty czy o niekompletności wyjaśnień nie świadczy to, że we wstępnej części wyjaśnień zawarto odniesienie do cen ofert składanych przez Przystępującego w innych postępowaniach powadzonych przez Zamawiającego czy do doświadczenia Przystępującego. Odwołujący w swoim wywodzie pominął okoliczność, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, poza wstępną częścią, zawierały ponad 20 stron opisujących szczegółowo założenia przyjęte podczas kalkulacji ceny ofert, w tym poziom zaangażowania personelu, jak i sposób kalkulacji poszczególnych kategorii kosztów. Do wyjaśnień załączono także szereg dowodów potwierdzających wysokość cen przyjętych w kalkulacji. Odwołujący miał dostęp do pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wraz z dowodami, dokumenty te zostały bowiem przez Zamawiającego odtajnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia i przekazane Odwołującemu. Pomimo tego Odwołujący nie podniósł żadnych argumentów, które podważałyby szczegółowość i kompletność tych wyjaśnień. W ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego były szczegółowe i rzeczowe, a uzupełnienie tych wyjaśnień informacjami dotyczącymi doświadczenia Przystępującego w realizacji prac na rzecz Zamawiającego czy danymi dotyczącymi wysokości cen ofert wybranych w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego dodatkowo potwierdzało ich jakość i uwiarygadniało przyjęte założenia kalkulacyjne.

Odnosząc się do podniesionej w odwołaniu okoliczności, iż Przystępujący zamierza powierzyć większość prac podwykonawcom, Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł w dokumentach zamówienia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę określonych kluczowych zadań. W konsekwencji założenie zlecenia znacznej części usług podwykonawcom było możliwe. Izba stwierdziła, iż Przystępujący w wyjaśnieniach w sposób szczegółowy określił, jaki zakres prac zostanie zlecony podwykonawcom (por. Tabela 5 wyjaśnień), jaki personel zostanie zapewniony przez podwykonawców (por. Tabela 6 wyjaśnień), jaki przyjęto koszt wynagrodzenia poszczególnych podwykonawców (por. Tabela 7 wyjaśnień), a także jakie przyjęto zaangażowanie personelu podwykonawców ze wskazaniem konkretnej szacowanej liczby roboczogodzin, stawki za roboczogodzinę i szacowanego wynagrodzenia netto (por. Tabela 11 wyjaśnień). Do wyjaśnień załączono ponadto oferty wskazanych w treści wyjaśnień podwykonawców, które to oferty – wbrew stanowisku Odwołującego – nie były blankietowe czy ogólne. Zawierały one opisy zakresu podwykonawstwa (z odwołaniem się do poszczególnych punktów OPZ), jak i zestawienia zaangażowania personelu podwykonawców uwzględniające dane przeniesione przez Przystępującego do Tabeli 11. W tym stanie rzeczy twierdzenie Odwołującego, iż nie złożono szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyceny usług, które Przystępujący zamierza zlecić podwykonawcom, jest niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. W ocenie Izby kompleksowa lektura treści wyjaśnień oraz załączonych do nich ofert podwykonawców pozwala na weryfikację prawidłowości przyjętych przez Przystępującego założeń. Izba zwróciła ponadto uwagę, iż Odwołujący powołując się na ogólność informacji zawartych w ofertach podwykonawców, nawet nie wskazał, jakich konkretnie informacji jego zdaniem w tych ofertach brakuje.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, aby cena oferty podwykonawcy Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. była nierynkowa. Jakkolwiek art. 537 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, to powyższe nie zwalania wykonawcy wnoszącego odwołanie z obowiązku przedstawienia twierdzeń i dowodów na poparcie stawianych tez, w tym z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o

dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada opisana w art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie może być rozumiana w ten sposób, iż Odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 ustawy Pzp to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub zamawiającego (por. m.in. wyrok z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1679/21). W przedmiotowym przypadku Odwołujący w sposób wyłącznie hasłowy wskazał na przyjęte przez niego w oparciu o bliżej nieokreślone oferty podwykonawców kwoty, które miałyby potwierdzać nierynkowość kosztów wynagrodzenia podwykonawcy BPK, ofert tych jednak nie przedstawił. Odwołujący nie złożył też żadnych innych dowodów, które podawałyby w wątpliwość realność przyjętych przez Przystępującego (i podwykonawcę BPK) kosztów. Ponadto Odwołujący oparł wyliczenia w zakresie szacowanej liczby godzin zaangażowania ww. podwykonawcy na nieprawidłowym założeniu – ustalając średnie miesięczne zaangażowanie poprzez podzielenie sumarycznej ilości godzin przez 37 miesięcy realizacji projektu, podczas gdy takie proste uśrednienie zaangażowania personelu nie może być uznane za miarodajne. Izba za wiarygodną uznała argumentację Zamawiającego zawartą w pkt 15 i 16 odpowiedzi na odwołanie, gdzie podkreślono, iż zaangażowanie poszczególnych specjalistów będzie zróżnicowane, w zależności od rodzaju przygotowywanej dokumentacji czy specyfiki danej branży. Izba miała ponadto na uwadze, iż Przystępujący w treści wyjaśnień wskazał konkretny zakres zaangażowania personelu podwykonawców, z uwzględnieniem szacowanej liczby roboczogodzin. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił konkretnych twierdzeń, w odniesieniu do których osób z personelu podwykonawców nieprawidłowo oszacowano liczbę roboczogodziny czy zaniżono koszty wynagrodzenia, pomimo iż dysponował szczegółowymi informacjami o założeniach przyjętych przez Przystępującego.

Ponadto Izba za chybione uznała stanowisko Odwołującego, iż przedstawiane przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia informacje dotyczące podwykonawstwa miałyby rzutować na rzetelność wyjaśnień rażąco niskiej ceny i podważać przyjęte podczas kalkulacji ceny ofertowej założenia. Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę, zatem co do zasady wykonawca mógł kalkulując cenę oferty przyjąć założenie, że część usług zleci podwykonawcom. Ponadto Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał zakresy prac, jakie zamierza powierzyć podwykonawcom, jak i załączył oferty podwykonawców, a tym samym przedstawił on informacje umożliwiające prześledzenie sposobu kalkulacji ceny ofertowej w tym zakresie. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, jakoby ustalenie zakresu podwykonawstwa było niemożliwe na gruncie oświadczeń składanych przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Stanowisko Odwołującego zostało oparte wyłącznie na założeniu, iż zmiana nazw podwykonawców czy zakresów podwykonawstwa jest niedopuszczalna, podczas gdy co do zasady zmiany tego rodzaju są możliwe, z zastrzeżeniem wynikających z przepisów ustawy Pzp wyjątków. Szczegółową argumentację dotyczącą problematyki podwykonawstwa Izba przedstawi w dalszej części uzasadnienia, przy zarzucie nr 1b i 1c.

Mając na uwadze powyższe, zarzut nr 1a należało uznać za bezzasadny.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp (zarzut nr 1b) oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 118 ust. 2-4 ustawy Pzp (zarzut nr 1c). Izba odniesie się do obu tych zarzutów w sposób łączny, jako że ich podstawą faktyczną były zmiany dokonywane przez Przystępującego w zakresie podwykonawstwa.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z przepisami ustawy (pkt 3), jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5). Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) b) została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Art. 118 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż 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. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu 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. W myśl ust. 4 zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów

podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Przedmiotowe zarzuty Odwołujący opierał na okoliczności, iż doszło do zmiany treści oferty Przystępującego po upływie terminu składania ofert w zakresie dotyczącym podwykonawstwa, co zdaniem Odwołującego należy uznać za zmianę niedopuszczalną zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Ze zmian zakresu podwykonawstwa dotyczących podmiotu Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Odwołujący wywodził ponadto niespełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, iż jakkolwiek argumentacja Odwołującego przedstawiona dla obu omawianych zarzutów była obszerna, to nie dotknęła ona istoty problemu podwykonawstwa w zamówieniach publicznych.

W pierwszej kolejności należy wskazać na art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie zaś z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp zasadą jest uprawnienie wykonawców do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom wedle ich uznania. Zasada ta doznaje ograniczeń jedynie w ściśle określonych przypadkach. Takim ograniczeniem jest przede wszystkim uprawnienie Zamawiającego do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących m.in. zamówień na roboty budowlane lub usługi (por. art. 121 ustawy Pzp). W takim przypadku te kluczowe zadania nie mogą zostać powierzone podwykonawcy. Jeśli jednak w dokumentach zamówienia Zamawiający nie dokona takiego zastrzeżenia, to powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom, jak i zakres tego powierzenia będzie zależny wyłącznie od decyzji wykonawcy. Ocena charakteru oświadczenia wykonawcy co do zakresu podwykonawstwa i nazw podwykonawców musi być dokonywana z uwzględnieniem uwarunkowań prawnych wynikających z ustawy Pzp i będzie zależna od tego, czy w dokumentach zamówienia zastrzeżono obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań.

W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że w przypadku zastrzeżenia przez zamawiającego kluczowych zadań do osobistego wykonania oświadczenie wykonawcy o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom będzie stanowiło istotną treść oferty. Niekompatybilność zakresu podwykonawstwa z zakresem zastrzeżonym do osobistego wykonania będzie oznaczała niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Na powyższe wskazano m.in. w wyroku Izby z 4 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1885/22, gdzie stwierdzono, iż *„w tym wypadku wskazanie zakresu podwykonawstwa nie jest tylko obowiązkiem informacyjnym, a stanowi wiążącą treść oferty dotyczącą sposobu realizacji umowy, więc jako wskazany sposób spełnienia świadczenia przez wykonawcę nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty*." Jeśli jednak w dokumentach zamówienia nie zastrzeżono obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań, to oświadczenie o zakresie podwykonawstwa będzie miało co do zasady walor informacyjny i będzie mogło podlegać zmianom. Jak stwierdzono w wyroku Izby z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt KIO 2340/22, *„Wskazywanie przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter informacyjny. Brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie 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."* Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2353/21, gdzie stwierdzono, iż *„Z powyższego przepisu* [art. 462 ust. 2 ustawy Pzp] *wynika zatem, iż zamawiający jest uprawniony, a nie zobowiązany do żądania od wykonawców przedstawienia w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, o ile są już znani. Tym samym fakultatywność żądania od wykonawców podania informacji o części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy wskazuje na jej informacyjny charakter i nie wyznacza treści oferty. Charakteru takiego nie będzie miało jednak wskazanie przez wykonawcę w ofercie tych części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, w sytuacji (…) gdy zamawiający zdecyduje się zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań czy prac."* W takim przypadku zdaniem Izby *„oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie co do zakresu realizowanych prac, stanowi treść przyszłego zobowiązania wykonawcy, a zatem podlega badaniu pod kątem przesłanki odrzucenia oferty."*

W kontekście podwykonawstwa należy zwrócić również uwagę na sytuację, kiedy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania określonej zdolności technicznej lub zawodowej. W takim przypadku to podmiot udostępniający zasoby będzie musiał zrealizować daną część zamówienia, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wymaga bowiem, aby podmiot udostępniający zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wykonał roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Stosunek zobowiązaniowy łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby będzie przyjmował w takiej sytuacji przeważnie postać podwykonawstwa. Na gruncie rozpoznawanej sprawy szczególnego podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego zdefiniowany w ofercie zakres udostępnienia zasobów będzie miał znaczenie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i podlegać będzie ocenie w kontekście realności udostępnienia zasobów. Innymi słowy nie może dojść do sytuacji, w której zadeklarowany zakres udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby będzie węższy niż zakres tych robót budowlanych lub usług, do realizacji których wymagane są zdolności, na których wykonawca polega w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Mieć na uwadze w tym przypadku należy także art. 123 ustawy Pzp, który zakazuje powoływania się w toku postępowania o udzielenie zamówienia na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż oświadczono w ofercie. Tym samym w kontekście udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia kluczowe jest to czy w ofercie zadeklarowano udział tego podmiotu w pełnym zakresie, jaki jest konieczny z perspektywy warunku udziału w postępowaniu, w celu spełnienia którego powołano się na zdolności podmiotu trzeciego. Powyższe nie oznacza jednak, że wykonawca nie może podjąć decyzji, aby powierzyć temu podmiotowi podwykonawstwo również innych, dodatkowych zadań, do których nie odnosił się warunek udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż zarówno w odniesieniu do „zwykłego" podwykonawcy, jak i do podmiotu udostępniającego zasoby, w ustawie Pzp dopuszczono możliwość zmiany takiego podmiotu, z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków. Przy podwykonawstwie „zwykłym" zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia (por. art. 464 ust. 5 ustawy Pzp), zaś jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia (por. art. 464 ust. 6 ustawy Pzp). Badanie podmiotowe podwykonawcy „zwykłego" jest zatem fakultatywne, a ewentualne zaistnienie podstaw wykluczenia wiąże się wyłącznie z rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji zamówienia, a nie z zakazem podwykonawstwa jako takiego. Wykonawca będzie uprawniony do powierzenia danego zakresu zadań innemu podwykonawcy lub samodzielnej ich realizacji. Z kolei w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby zmiana również jest dopuszczalna, przy czym wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (por. art. 462 ust. 7 ustawy Pzp).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, należy stwierdzić, iż Odwołujący w sposób błędny ocenił charakter oświadczeń składanych przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie dotyczącym podwykonawstwa, uznając je za treść oferty, która nie może podlegać zmianom. Lektura odwołania pozwala wywieść wniosek, iż Odwołujący za niedopuszczalne uznał już tylko samo zmodyfikowanie informacji dotyczących podwykonawstwa i nie dokonał szczegółowej analizy w celu ustalenia czy rzeczywiście oświadczeniom dotyczącym podwykonawstwa składanym przez Przystępującego można było przypisać walor inny niż informacyjny.

Szczególną uwagę należy zwrócić na okoliczność, iż Odwołujący w swoim wywodzie pominął newralgiczny aspekt - że zakres podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby (Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu) powinien być oceniany *stricte* w kontekście realności udostępnienia zasobów, a przede wszystkim tego czy wpisuje się on w wymagania wynikające z warunku udziału w postępowaniu, tj. gwarantuje, że Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu zrealizuje te usługi, do których referował warunek udziału w postępowaniu. W odwołaniu nie przedstawiono żadnej analizy dotyczącej warunku udziału w postępowaniu, a zwłaszcza nie wskazano, jaki konkretnie zakres podwykonawstwa podmiotu trzeciego należy uznać za niezbędny do tego, aby potwierdzić, że podmiot udostępniający zasoby zrealizuje te usługi, do realizacji których są wymagane udostępniane zdolności. Kwestia ta była kluczowa z perspektywy dokonania oceny czy zmiana zakresu podwykonawstwa ww. podmiotu była zmianą istotną, czy wpływała na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i czy nie naruszała art. 123 ustawy Pzp. Odwołujący jednak ani nie wskazał na naruszenie art. 123 ustawy Pzp, ani nie przedstawił argumentacji, która odnosiłaby się do sedna problemu. Odwołujący jedynie opisał, o jakie punkty OPZ rozszerzono zakres podwykonawstwa BPK Poznań w toku postępowania

o udzielenie zamówienia, szczególnie akcentując punkt 4.4 OPZ, niemniej nie wyjaśnił jak ta okoliczność mogła wpływać na uznanie czy spełniono warunek udziału w postępowaniu. Tymczasem sam fakt rozszerzenia zadań, jakie wykonać miałby podmiot udostępniający zasoby w ramach podwykonawstwa, nie jest równoznaczny z tym, że określony w ofercie zakres polegania na zasobach podmiotu trzeciego nie gwarantował dostępu do tych zasobów w zakresie niezbędnym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba za prawidłowe uznała stanowisko Zamawiającego, który w punktach 42-55 odpowiedzi na odwołanie, przedstawił szczegółową analizę zakresu polegania przez Przystępującego na zasobach podmiotu trzeciego oraz wymagań wynikających z warunku udziału w postępowaniu, podnosząc, że zakres niezbędny do spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie uległ w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmianie. Odwołujący nie tylko nie zawarł w odwołaniu własnej analizy, która wskazywałaby na okoliczność przeciwną, ale nie podjął też żadnej polemiki z wyżej przedstawionym stanowiskiem Zamawiającego.

Dodatkowo w kontekście szczególnie uwypuklanego przez Odwołującego punktu 4.4. OPZ Izba zauważa, iż odnosił się on do obowiązków wykonawcy na etapie postępowania przetargowego oraz realizacji robót budowlanych, obejmując w ppkt 4.4.1. odpowiedzi/wyjaśnienia na pytania zadawane na etapie postępowania przetargowego na wybór wykonawcy robót budowlanych oraz w pkt 4.4.2. pełnienie nadzoru autorskiego (prawo opcji). Żaden z tych elementów nie był objęty warunkiem udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 Tom 1 SWZ – IDW, który referował *stritce* do doświadczenia w wykonaniu dwóch opracowań wielobranżowej dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej projekt budowlany) w zakresie minimum czterech [4] branż dla Budowy lub Przebudowy linii kolejowej na długości min. 20 km. Zamawiający w treści warunku wskazał, że opracowania powinny obejmować co najmniej dwa [2] szlaki, jedną [1] stację kolejową oraz dwa [2] przejazdy kat. A lub B, przy czym każda ze stacji powinna posiadać przynajmniej jeden tor główny zasadniczy oraz jeden tor główny dodatkowy. Ponadto wymogiem, było, aby w oparciu o powyższe dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. Tym samym wymagane doświadczenie obejmowało wykonanie wielobranżowych dokumentacji projektowych i nie odnosiło się w ogóle do nadzoru autorskiego czy do doświadczenia wykonawców we wsparciu zamawiającego w postępowaniu przetargowym na roboty budowlane. Co więcej, obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego na czas trwania i odbioru robót budowlanych jest w przedmiotowym postępowaniu objęty prawem opcji, a zatem jest zależny od decyzji Zamawiającego, co wynika wprost z dokumentów zamówienia.

Za bezzasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego w zakresie dotyczącym ujawnienia nazw podwykonawców na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jak wskazano już wcześniej, z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprost wynika, że wymóg podania nazw podwykonawców ma charakter fakultatywny, a ponadto dotyczy jedynie tych podwykonawców, których nazwy na etapie składania oferty są już wykonawcy znane. Wykonawca co do zasady jest uprawniony do dokonywania zmian, zarówno jeśli o chodzi o zakres usług, jakie zamierza zlecić podwykonawcom, jak i w zakresie samych podwykonawców. W rozpoznawanej sprawie wskazanie w ofercie nazw podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby miało charakter *stricte* informacyjny, a zmiany w tym zakresie były dopuszczalne. Nie można tracić z oczu faktu, że od momentu złożenia oferty do realizacji zamówienia planowany sposób wykonania umowy może w jakimś zakresie ulec zmianie (np. wykonawca może uzyskać korzystniejsze warunki cenowe od innego podmiotu). Ustawodawca dostrzegł ten problem i przewidział w art. 462 ustawy Pzp określone zasady związane ze zmianami w zakresie podwykonawstwa, dając Zamawiającemu każdorazowo możliwość zweryfikowania danego podwykonawcy pod kątem podstaw wykluczenia, a podmiotu udostępniającego zasoby także pod kątem wymaganego potencjału. Analogiczne uprawnienia Zamawiającego przewidziano w Tomie II SWZ - Warunki Umowy. W § 17 ust. 2 Warunków Umowy wskazano, iż *„Zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania Umowy Wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe Podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w realizację danej usługi*", z kolei w ust. 4 wskazano, iż *„w przypadku, gdy w trakcie realizacji Umowy, Wykonawca powierza wykonanie części Umowy Podwykonawcy, Wykonawca obowiązany jest do poinformowania o tym Zamawiającego na piśmie, a na żądanie Zamawiającego przedstawi oświadczenie, o którym mowa w art. 125 PZP lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wobec tego Podwykonawcy."*

Ponadto w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że Przystępujący składając ofertę miał już ściśle określony katalog kontrahentów, z którymi zamierza współpracować na etapie realizacji przedmiotowego zamówienia. Sam fakt zebrania ofert od potencjalnych podwykonawców, nie przesądza jeszcze o tym, że składając ofertę Przystępujący już dokładnie wiedział, który zakres prac i komu powierzy. Nie ma nic zaskakującego w tym, że wykonawca, przed złożeniem oferty, dokonuje rozpoznania rynku i na podstawie dokonanych ustaleń podejmuje decyzje co do strategii wykonania zamówienia. Nie jest także zdarzeniem nadzwyczajnym to, że wykonawca dopiero na późniejszym etapie decyduje się na powierzenie określonych zakresów zamówienia konkretnym podwykonawcom. Wykonawca składając ofertę może planować powierzenie prac konkretnym podmiotom, ale nie musi to być równoznaczne z podjęciem jednoznacznej decyzji, że to właśnie dany podmiot wykona część zadania. Posłużenie się ofertami podwykonawców w

wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w celu uwiarygodnienia rynkowego poziomu tej ceny nie oznacza, że wykonawca składając ofertę był pewny w stu procentach, że dany zakres zamówienia zrealizuje konkretny podmiot. Dlatego też wywodzony przez Odwołującego wniosek, jakoby oferta Przystępującego miała być niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na nieujawnienie nazw podwykonawców w ofercie jest zbyt daleko idący.

Podsumowując powyższe, w ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, aby zarzucane Przystępującemu *„zmiany, rozszerzenia i przesunięcia w podwykonawstwie*" powodowały niezgodność oferty Przystępującego z przepisami ustawy Pzp czy warunkami zamówienia. Odwołujący nie przedstawił też żadnych argumentów, które wykazywałyby, że tego rodzaju zmiany rzutowałyby na spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego, który powołał się na potencjał podmiotu trzeciego.

Nie jest także w ocenie Izby zasadne powoływanie się przez Odwołującego w kontekście niezgodności oferty Przystępującego z przepisami ustawy Pzp czy warunkami zamówienia na fakt złożenia przez Przystępującego w ramach wyjaśnień poprawionego zobowiązania do udostępnienia zasobów. Podkreślić należy, iż Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia treści zobowiązania do udostępnienia zasobów złożonego wraz z ofertą na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w celu zweryfikowania czy udostępnienie zasobów ma charakter realny, a ww. podmiot wykona usługi w zakresie, w jakim powołano się na jego zdolności (tj. w zakresie wynikającym z warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 Tom 1 SWZ – IDW). Prawidłowość uzupełnionego zobowiązania mogłaby zatem podlegać ocenie w kontekście spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie istnienia podstaw do odrzucenia oferty określonych w art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. Jednak w kontekście samego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący nie przedstawił rzeczowej argumentacji, która wykazywałaby, że Przystępujący nie zagwarantował rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego, na którego doświadczenie powołano się celem spełnienia warunku udziału w postepowaniu określonego w punkcie 8.6.1 Tom I SWZ – IDW. W oparciu o argumentację przedstawioną w uzasadnieniu zarzutów nr 1b i 1c w odwołaniu trudno w zasadzie wywieść, co miałoby na taką okoliczność wskazywać. Odwołujący zdaje się opierać swoje stanowisko na tym, że w ogóle doszło do zmiany zakresu podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby, co jest zbytnim uproszczeniem. Odwołujący nie przedstawił konkretnej analizy, jak dostrzeżone modyfikacje zakresu udziału firmy BPK w Poznaniu w realizacji zamówienia mogą rzutować na realność udostępnienia zasobów, a tym samym na kwestię spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo w ocenie Izby należy zwrócić uwagę, iż wątpliwości Zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 20 listopada 2023 r. nie dotyczyły w ogóle zakresu zamówienia, w jakim uczestniczyć miałoby Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu (czyli zakresu podwykonawstwa), lecz formy tego uczestnictwa, tj. tego czy ww. podmiot wykonałby dany zakres zamówienia, czy też jedynie pełniłby rolę doradcy/konsultanta. W konsekwencji to do tego aspektu odnosiły się wyjaśnienia Przystępującego, który potwierdził, że Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu będzie podwykonawcą usług, a nie jedynie doradcą/konsultantem. Za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała także powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, iż Przystępujący złożył poprawione zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, pomimo że nie był do tego wzywany przez Zamawiającego - w odwołaniu nie postawiono zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jak stanowi zaś art. 555 ustawy Pzp Izbanie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Za bezzasadne Izba uznała również stanowisko Odwołującego dotyczące niezłożenia przez Przystępującego dokumentów JEDZ dotyczących podwykonawców ujawnionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz dezaktualizacji oświadczeń zawartych w JEDZ Przystępującego (zarzut nr 1c - punkt drugi).

O bezzasadności przedmiotowych twierdzeń przesądza już sam fakt, że Odwołujący poza hasłowym powołaniem się na brak złożenia przez Przystępującego ww. dokumentów nie wskazał, co konkretnie z tego wywodzi, z jakimi konsekwencjami zarzucane zaniechanie powinno się jego zdaniem wiązać. Odwołujący wskazał jedynie, iż *„oferta Przystępującego nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza*" i nie podnosił, że obowiązkiem Zamawiającego było wezwać w takiej sytuacji Przystępującego do uzupełnienia dokumentów JEDZ. Odwołujący nie objął zakresem zaskarżenia zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie postawił zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp w tym zakresie ani skorelowanego z nim żądania. Ponadto podkreślić należy, iż w świetle dokumentów zamówienia obowiązek złożenia JEDZ dla podwykonawców dotyczył tylko tych podmiotów, których nazwy były już znane wykonawcy na etapie składania oferty, a Przystępujący w ofercie takich podmiotów nie wskazał (poza firmą Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu, dla której dokument JEDZ złożono). W omawianym zakresie w pełni aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona we wcześniejszej części uzasadnienia, odnosząca się do dopuszczalności zmian dotyczących podwykonawstwa i ujawnienia nazw podwykonawców na późniejszym etapie postępowania. Dodatkowo zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający zgodnie z regulacją ustawową przewidział w dokumentach zamówienia możliwość zweryfikowania sytuacji podmiotowej podwykonawcy niebędącego

podmiotem udostępniającym zasoby zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia (co wynika z Tomu I SWZ – IDW), jak i na etapie realizacji umowy, na co wprost wskazują postanowienia Tomu III SWZ – WU, przewidujące obowiązek każdorazowego poinformowania Zamawiającego o podwykonawcach oraz uprawnienie Zamawiającego do żądania złożenia JEDZ lub innych dokumentów w przypadku powierzenia podwykonawcy wykonania części zamówienia przed zawarciem umowy i w toku realizacji. Interes Zamawiającego nie doznaje zatem uszczerbku w sytuacji, gdy do ujawnienia nazw podwykonawców dojdzie na późniejszym etapie niż złożenie oferty. Ponadto, na co również wskazano już wcześniej, stwierdzenie podstaw wykluczenia wobec podwykonawcy nieudostępniającego zasobów skutkować może wyłącznie niedopuszczeniem tego podwykonawcy do realizacji zamówienia, nie rzutuje zatem co do zasady na prawidłowość oferty wykonawcy.

Odnosząc się do trzeciego z aspektów podniesionych w uzasadnieniu zarzutu nr 1c, tj. twierdzeń Odwołującego, jakoby referencyjna usługa wskazana w Wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 Tom 1 SWZ – IDWbyła wciąż wykonywana, Izba stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego pozostało całkowicie gołosłowne. Po pierwsze, Odwołujący nie złożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby postawioną w odwołaniu tezę, nie przedstawił nawet sprawozdania zarządu z działalności firmy BPK w Poznaniu Sp. z o.o. za rok 2022, na które powołał się w odwołaniu. Po drugie, Odwołujący w żaden sposób nie odparł argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego, którzy wskazali m.in., iż była to usługa realizowana w formule projektuj i buduj, a we wskazanym w Wykazie usług okresie ww. firma – jako podwykonawca inwestycji - wykonała dokumentację projektową (projekt budowlany i wykonawczy) oraz uzyskała decyzję o pozwoleniu na budowę, co było wymaganiem wynikającym z warunku udziału w postępowaniu. Wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej potwierdzono w złożonym wraz z Wykazem usług poświadczeniu wystawionym przez ZUE S.A. (wykonawcę inwestycji). Również Zamawiający potwierdził, że usługa wykonania dokumentacji projektowej została już wykonana. Jak wyjaśnił Przystępujący w 2022 r. firma BPK realizowała inny etap inwestycji - sprawowała nadzór autorski oraz opracowywała dokumentację powykonawczą, co nie było przedmiotem warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący okolicznościom tym nie zaprzeczył. Mając na uwadze powyższe, nie zostało wykazane, aby referencyjna usługa nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 Tom I SWZ – IDW.

Izba stwierdziła, iż nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp (zarzut nr 1d) oraz zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp (zarzut nr 2). Zarzuty te Izba rozpoznała łącznie, bowiem zarzut nr 1d był zarzutem wynikowym w stosunku do zarzutu nr 2.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzpz postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi zaś, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

O wprowadzeniu Zamawiającego w błąd miało świadczyć zdaniem Odwołującego przedstawienie przez Przystępującego różnych informacji o nazwach i zakresach podwykonawstwa. W świetle okoliczności omówionych przez Izbę przy zarzucie nr 1 lit. b i c, stanowisko Odwołującego należy uznać za nieprawidłowe. Nie zostało wykazane, aby zmiany dotyczące zakresu podwykonawstwa stanowiły niedopuszczalną zmianę treści oferty czy rzutowały na ocenę realności udostępnienia zasobów i spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Nie zostało także wykazane, aby przedstawiane informacje były nieprawdziwe i mogły wprowadzić Zamawiającego w jakikolwiek sposób w błąd ani by były to informacje mogące mieć jakikolwiek wpływ na decyzje Zamawiającego.

Nie sposób także uznać, aby niewskazanie w ofercie nazw podwykonawców wprowadzało Zamawiającego w błąd. Jak wskazano już wcześniej, zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp żądanie podania w ofercie nazw podwykonawców, o ile są już znani, jest fakultatywne i ma charakter informacyjny. Okoliczność, iż Przystępujący ujawnił nazwy podwykonawców, którzy nie są podmiotami udostępniającymi zasoby, w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie mieści się w dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a to na tę podstawę wykluczenia powołano się w uzasadnieniu zarzutu. Izba wskazuje, iż art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odnosi się do przedstawienia lub zatajenia informacji dotyczących podlegania przez wykonawcę wykluczeniu czy dotyczących spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Katalog tych informacji nie obejmuje nazw ewentualnych podwykonawców niebędących podmiotem udostępniającym zasoby ani informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowej tych podwykonawców. Trudno także uznać,

aby były to informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak słusznie zauważył Przystępujący ewentualna negatywna weryfikacja podmiotowa podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby skutkuje obowiązkiem zastąpienia tego podwykonawcy pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia (por. art. 462 ust. 6 ustawy Pzp).

Nie potwierdziła się także teza Odwołującego, iż względem Przystępującego zachodzi podstawa wykluczenia z postępowania wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji dotyczących realizacji inwestycji „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Prace na liniach kolejowych nr 14, 811 na odcinku na odcinku Łódź Kaliska - Zduńska Wola – Ostrów Wielkopolski", Etap I: Łódź Kaliska – Zduńska Wola.W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie potwierdził stanowiska Odwołującego, iż referencyjna usługa jest nadal wykonywana (szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie przedstawiono przy zarzucie nr 1c). Tym samym brak jest podstaw do uznania, aby Przystępujący przedstawił informacje nieprawdziwe, które wprowadziły Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przechodząc dalej, za nieudowodniony Izba uznała zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp dotyczący oferty Konsorcjum Koltech.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący – analogicznie jak w zarzucie nr 1a dotyczącym oferty Przystępującego - poza postawieniem hasłowych tez nie przedstawił rzeczowych argumentów ani żadnych dowodów, które uwiarygodniłyby jego twierdzenia, że Konsorcjum Koltech nie ujęło w wycenie określonych elementów czy nie doszacowało pewnych kategorii kosztów. Odnosząc się do argumentacji dotyczącej wyceny branży telekomunikacyjnej, Izba stwierdziła, iż Odwołujący poprzestał na stwierdzeniu, że jeden projektant w zespole nie będzie w stanie przygotować całości opracowań, wobec czego przyjęta kwota 333 000 zł netto jest znacząco zaniżona, jednocześnie nie przedstawiając jakichkolwiek wymiernych danych wskazujących jakie zaangażowanie projektanta w specjalności telekomunikacyjnej należało przyjąć, aby wycena była właściwa. Odwołujący pominął przy tym fakt, że Zamawiający w odniesieniu do branży telekomunikacyjnej określił wymagania dotyczące personelu w ten sposób, że oczekiwał zaangażowania jednego projektanta i jednego sprawdzającego i takie też zaangażowanie przyjęło Konsorcjum Koltech. Odwołujący nie wyjaśnił też z czego wywodzi, że Konsorcjum Koltech nie ujęło w kalkulacji ceny ofertowej planowania radiowego, nie powołał się też na konkretne wymagania OPZ, odnoszące się do planowania radiowego. Izba stwierdziła ponadto, iż Odwołujący wskazał na otrzymane wyceny od dwóch wiodących producentów na rynku zajmujących się planowaniem radiowym, niemniej wycen tych nie przedstawił. Wszelkie twierdzenia Odwołującego pozostały gołosłowne.

O rażąco niskiej cenie oferty Konsorcjum Koltech nie przesądza też fakt, że zysk został założony przez Konsorcjum na relatywnie niskim poziomie. Poziom zysku przyjęty przez wykonawcę zależy co do zasady od jego strategii biznesowej. Niekiedy dla wykonawcy większy walor dodatni ma uzyskanie doświadczenia w realizacji inwestycji niż wypracowanie wysokiego zysku. Jeśli zaoferowana cena gwarantuje realizację zamówienia na wymaganym poziomie jakości bez straty po stronie wykonawcy, to nie można mówić o cenie rażąco niskiej. Dalej należy wskazać, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przyjęte przez Konsorcjum Koltech koszty dodatkowego personelu należałoby uznać za zbyt niskie. Odwołujący jedynie hasłowo powołał się na fakt, że złożoność projektu „wymaga bardziej rozbudowanego personelu niż tylko jedna osoba asystenta", niemniej twierdzenia tego niczym nie poparł. Już samo przyjęcie przez Odwołującego, że Konsorcjum Koltech uwzględniło pracę tylko jednego asystenta, stanowi jedynie przypuszczenia Odwołującego, przy czym Odwołujący nie uwzględnił w swoim wywodzie faktu, że zaangażowanie ewentualnych asystentów nie musi odpowiadać pełnemu etatowi i być takie samo na całym etapie realizacji zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący przedstawił jedynie subiektywne oczekiwania względem sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia, co nie jest równoznaczne z tym, że założenia przyjęte przez Konsorcjum Koltech należy uznać za błędne. Analogicznie Odwołujący nie uargumentował dostatecznie, dlaczego przyjęta wycena ryczałtowa w zakresie wynagrodzenia projektanta sprawdzającego miałaby być niedostateczna. Odwołujący jedynie lakonicznie stwierdził, iż przyjęta przez Konsorcjum Koltech stawka znacząco odbiega od wynagrodzenia rynkowego, podczas gdy nawet nie wskazał jaką stawkę należałoby uznać za rynkową i jakie zaangażowanie projektanta sprawdzającego należałoby uznać za wystarczające.

Gołosłowne pozostały także twierdzenia Odwołującego dotyczące braku ujęcia w ofercie Konsorcjum Koltech określonych kategorii kosztów (pkt 5 i 6 zarzutu nr 3). Odwołujący w tym zakresie poprzestał na wyrażeniu opinii, że pewnych kosztów w ofercie Konsorcjum Koltech nie uwzględniono, niemniej ani nie wskazał z czego powyższe wywodzi, ani nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby podawany przez niego poziom kosztów, jakie należało przyjąć. W ocenie Izby Konsorcjum Koltech udzieliło szczegółowych wyjaśnień, popierając podawane wartości i przyjęte założenia kalkulacją oraz dowodami. Odwołujący dysponując konkretnymi informacjami wynikającymi z wyjaśnień, nie

podważył ich prawidłowości, a jedynie przedstawiał coraz to dalej idące oczekiwania co do tego, co powinno się w wyjaśnieniach Konsorcjum Koltech znaleźć, wywodząc z braku podania tych informacji okoliczność, że nie ujęto określonych kosztów w wycenie. O powyższym świadczy też kolejny argument podniesiony w odwołaniu, iż w wyjaśnieniach Konsorcjum Koltech nie przedstawiono dokładnego przypisania zakresów do poszczególnych konsorcjantów i nie dokonano rozbicia wynagrodzenia, kosztów i zysków na poszczególnych konsorcjantów. Izba stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego było zbyt daleko idące, oderwane od treści wezwania, jakie skierowano do wykonawcy, podczas gdy stopień szczegółowości złożonych wyjaśnień był zdaniem Izby adekwatny do stopnia szczegółowości tego wezwania. Jednocześnie Odwołujący podnosząc wątpliwości, jakie powstały w jego ocenie na gruncie wyjaśnień Konsorcjum Koltech, nie wskazywał na zasadność kontynuowania procedury wyjaśniającej wyliczenie ceny oferty tego podmiotu, lecz domagał się odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na fakt, że wyjasnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny. Powyższe nie znajdowało uzasadnienia w obliczu faktu, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Koltech były rzeczowe i poparte dowodami.

Odnosząc się do ostatniego ze wskazanych w uzasadnieniu zarzutu aspektów Izba stwierdziła, iż Odwołującemu znane były przyjęte przez Konsorcjum Koltech koszty na wynagrodzenie podwykonawców w poszczególnych zakresach prac (kwestie środowiskowe, geologiczno-geotechniczne, geodezyjne, certyfikacja), zostały one wskazane w kalkulacji cenowej (załącznik nr 1 do wyjaśnień), która została odtajniona przez Zamawiającego i udostępniona Odwołującemu. Odwołujący dysponując tymi informacjami przyjętych przez Konsorcjum Koltech kosztów nie podważył, co już samo w sobie wskazuje na niezasadność zarzutu. Odwołujący poprzestał wyłącznie na twierdzeniu, że oferty podwykonawców nie pozwalają na uznanie, że wycena ma charakter rzetelny, niemniej w obliczu faktu, że nie przedstawiono żadnej argumentacji podważającej wiarygodność przyjętego poziomu kosztów podwykonawstwa, argumentacja taka nie może być uznana za wystarczającą. Izba stwierdziła ponadto, iż przyjęta przez Konsorcjum Koltech wycena zakresu zamówienia, który ma być zrealizowany przez podwykonawców została poparta załączonymi do wyjaśnień dowodami, co umożliwiało dokonanie przez Zamawiającego oceny w zakresie realności przyjętych kosztów (oferty podwykonawców objęto tajemnicą przedsiębiorstwa).

Tym samym zarzut wskazujący na konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum Koltech z uwagi na rażąco niską cenę nie potwierdził się.

Jedynie uzupełniająco należy wskazać, iż kwestia odrzucenia oferty Konsorcjum Koltech pozostaje obecnie bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ nie potwierdziły się zarzuty odwołania, które podważałyby prawidłowość wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Jak zaś stanowi art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Tym samym zarzut nr 3 nie mógłby zostać uwzględniony.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Art. 575 ustawy Pzp stanowi, iż strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w , od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Mając na względzie, iż odwołanie podlegało oddaleniu w całości, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego. Zamawiający nie przedstawił rachunków lub spisu kosztów, które wskazywałyby na poniesione przez niego koszty postępowania, wobec czego Izba obciążyła Odwołującego wyłącznie kosztami wpisu od odwołania.

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….....

…….....

…….....