



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ1.442.134.2023.AO
KND/135/23/DKZP

Warszawa, dnia 02.09.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o. ul. Stanisława Przybyszewskiego 102-104 51-148 Wrocław
Rodzaj zamówienia:	usługi
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	„Opracowanie dokumentacji projektowej dla zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej na osiedlu Brochów przy ul. Mościckiego we Wrocławiu”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	28 czerwca 2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2023/S 122-387914
Wartość zamówienia:	2 146 765,05 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 482 029,16 euro netto
Środki UE:	nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzonym naruszeniu:

1. art. 128 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez wezwanie pismem z dnia 1 września 2023 r. Wykonawcy Sp. z o.o. do poprawienia dokumentu JEDZ w zakresie Części II Sekcji A pozycji: „Rodzaj uczestnictwa”, a tym samym umożliwienie temu Wykonawcy dwukrotnego poprawienia dokumentu JEDZ w tym samym zakresie, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu;
2. art. 325 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia konkursu w przypadku zamiaru udzielenia zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego o charakterze twórczym.

UZASADNIENIE

1. Przedmiotem zamówienia było opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania pn. Budowa zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej z usługami w parterze, garażem podziemnym, zagospodarowaniem terenu, niezbędną infrastrukturą techniczną i przyłączeniem do sieci miejskich, na terenie działki nr 5/5, AM-17, obręb Brochów wraz z zagospodarowaniem skweru zieleni na działkach nr 5/1, 5/2, AM-17, obręb Brochów we Wrocławiu, oraz robotami towarzyszącymi na sąsiednich działkach drogowych. Szczegółowe wymagania względem przedmiotu zamówienia oraz zasad jego wykonania zostały zawarte w Załączniku nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz Załączniku nr 4 do SWZ – Wzór umowy.

W niniejszym postępowaniu złożono następujące oferty:

1. za cenę w kwocie 1 290 220,80 zł brutto,
2. za cenę w kwocie 740 460,00 zł brutto,
3. Sp. z o.o. za cenę w kwocie 2 181 565,00 zł brutto,
4. Sp. z o.o. za cenę w kwocie 1 810 000,00 zł brutto.

Zgodnie z pkt 14 protokołu postępowania oraz pism Zamawiającego z dnia 6 października 2023 r., oferta Wykonawcy:

1. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne:

Zgodnie z zapisami Rozdziału 16 SWZ - Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał od Wykonawców zabezpieczenia swoich ofert wadium w wysokości 10 000,00 zł. W pkt 16.2 SWZ Zamawiający poinformował, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust.1 pkt 2 i 3 Ustawy Pzp oraz ust. 2, o czym stanowi art. 97 ust. 5 ustawy Pzp.

W przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu Zamawiający w pkt 16.5 SWZ zastrzegł, że termin wniesienia wadium w formie pieniężnej zostanie przyjęty termin uznania rachunku Zamawiającego. Termin składania ofert jest terminem specyficznym, ponieważ jest określonym w czasie punktowym nie tylko przez wskazanie daty ale także godziny. Wykonawca winien wnieść wadium nie tylko przed upływem wyznaczonego terminu, ale także przed wyznaczoną godziną składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert został wyznaczony na dzień 25.07.2023 r. na godzinę 10.00. Zamawiający po upływie terminu otwarcia ofert zweryfikował rachunek bankowy przeznaczony do wniesienia wadium z informacji banku prowadzącego rachunek, z którego wynikało, że na moment upływu terminu złożenia oferty nie znajdowały się na nim środki będące kwotą wadium w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast w oparciu o potwierdzenie wpływu środków będące dokumentem wystawionym przez Bank prowadzący wskazany rachunek bankowy ustalono, że kwota wadium została zaksięgowana na rachunku Zamawiającego o godz. 10:24:20 w dniu 25.07.2023 r. tj. po godzinie składania ofert i wadium nie może zostać uznane za wniesione prawidłowo, co powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zamawiający załącza potwierdzenie ww. faktu do zawiadomienia dla Wykonawcy.

Dla skutecznego wniesienia wadium nie jest wystarczające samo dokonanie zlecenia wykonania przelewu wymaganej kwoty na rachunek Zamawiającego. Dla skutecznego wniesienia wadium w pieniądzu konieczne jest uznanie na rachunku bankowym Zamawiającego należnej kwoty wadium przed upływem terminu składania ofert. W przeciwnym razie oferta nie jest zabezpieczona prawidłowo i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Tym samym wykonanie przez Wykonawcę dyspozycji dokonania przelewu nie może być utożsamiane z wpłaceniem przelewem na rachunek bankowy kwoty wadium.

2. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne:

Ponieważ zaoferowana przez Wykonawcę cena oferty wynosi 740 460,00 zł brutto i jest mniejsza o 71,96 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 50,82 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp - Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 24.08.2023 r. wezwał Wykonawcę

do wyjaśnienia ceny oferty, wyznaczając termin do 30.08.2023 r. Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 „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.”

Ponieważ Wykonawca nie udzielił wyjaśnień zaistniała przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z zapisami Rozdziału 16 SWZ - Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał od Wykonawców zabezpieczenia swoich ofert wadium w wysokości 10 000,00 zł. Wykonawcy zobowiązani byli wnieść wadium w jednej z form określonych w tym Rozdziale pkt 16.3. Wykonawca nie wniósł wadium wymaganego w postępowaniu w żadnej z form, co powoduje, iż Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie wniósł wadium, o czym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

3. została odrzucona na podstawie art. 226
ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne:

Zgodnie z zapisami Rozdziału 16 SWZ - Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał od Wykonawców zabezpieczenia swoich ofert wadium w wysokości 10 000,00 zł. Wykonawcy zobowiązani byli wnieść wadium w jednej z form określonych w tym Rozdziale pkt.16.3.

Wykonawca nie wniósł wymaganego wadium w postępowaniu w żadnej z przewidzianych form, co powoduje, iż Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie wniósł wadium, o czym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Sp. z o.o.
do poprawienia i uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty wskazując:

1. Na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów aktualnych na dzień złożenia:

- a) oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w postaci Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ), ponieważ w myśl art. 119 Ustawy Pzp Zamawiający bada, czy wobec podmiotu trzeciego nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów JEDZ, zgodnego z treścią SWZ oraz treścią Załącznika nr 3 do SWZ, dla wszystkich podmiotów trzecich, na które Wykonawca się powołuje i zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, gdyż nie zostały one przekazane do Zamawiającego, a z dokumentów przekazanych w postępowaniu wynika, że Wykonawca obowiązany jest złożyć odrębne dokumenty JEDZ dla:

Sp. z o.o. Sp.K,

Sp. z o.o. Sp.K.

- b) Oświadczenia Wykonawcy dotyczące przestanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego dla Wykonawcy- zgodne z treścią Załącznika nr 11 do SWZ.
- c) Oświadczenia wszystkich podmiotów trzecich, dotyczących przestanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego - zgodnego z treścią Załącznika nr 11 do SWZ.

Przedłożenie dokumentów wskazanych pkt b i c nie jest niezbędne, bowiem jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych na stronie <https://www.uzp.gov.pl/ukraina> w zakładce „pytania i odpowiedzi” przesłanki zawarte „w art. 7 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. - o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, stanowią samoistne, obligatoryjne i dodatkowe w stosunku do przestanek, o których mowa w art. 108 ustawy Pzp, podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursach. W konsekwencji powinny być one weryfikowane przez zamawiających w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie niezależnie od ich wartości.” Mając na uwadze powyższe dokument JEDZ nie potwierdza przestanek wykluczenia zawartych w omawianym powyżej artykule, wobec tego Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia.

2. Na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie stwierdzonych sprzeczności, wynikających z przedłożonych dokumentów poprzez złożenie oświadczenia wyjaśniającego wątpliwości w zakresie:

- a) rodzaju uczestnictwa tj. potwierdzenia czy Państwo biorą udział wspólnie z innym Wykonawcą w realizacji zamówienia

W przesłanym przez Państwa oświadczeniu JEDZ w Części II w sekcji "A"; „Rodzaj uczestnictwa” na pytanie „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?” udzielono odpowiedzi przeczącej, a w kolejnej pozycji „Jeżeli tak: a) Proszę wskazać rolę wykonawcy w grupie (lider, odpowiedzialny za określone zadania itd.): b) Proszę wskazać pozostałych wykonawców biorących wspólnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia: c) W stosownych przypadkach nazwa grupy biorącej udział:” Wykonawca udzielił odpowiedzi „a): Lider” i „b): ”. Wobec powyższego Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w formie oświadczenia własnego, które jednoznacznie wyeliminuje wątpliwości Zamawiającego do omawianej sprzeczności w oświadczeniu.

- b) Złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innego podmiotu w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu

W formularzu ofertowym w punkcie 10 Wykonawca nie wypełnił pola, czyli nie oświadczył, iż wykazując spełnianie warunków udziału, o których mowa w art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp będzie polegać na zasobach wskazanych podmiotów. Na podstawie art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażając minimalne poziomy zdolności. Jednocześnie Wykonawca złożył zobowiązanie podmiotów trzecich, w których zobowiązują się do oddania zasobów na potrzeby wykonania Zamówienia, wobec powyższego Zamawiający ma wątpliwości odnośnie braku oświadczenia w pkt. 10 formularza ofertowego, uwzględniając fakt, że pozostałe formalności w tym zakresie zostały przez Wykonawcę dopełnione, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w formie oświadczenia własnego, które jednoznacznie wyeliminuje wątpliwości we wskazanym powyżej zakresie.

c) Wskazania podstawy zwolnienia z podatku VAT.

W formularzu ofertowym w punkcie 12 oświadczone „Jestem zwolniony z podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 i 9 Ustawy o podatku od towarów i usług”. Wykonawca nie uzasadnił, dlaczego jest zwolniony z podatku VAT, jednocześnie wskazał cenę netto i cenę brutto oferty. Ponadto, Zamawiający w dalszej części omawianego punktu 12 w formularzu ofertowym zawarł informację

„W przypadku przyjęcia przez Wykonawcę innej stawki VAT, Wykonawca zobowiązany jest uzasadnić przyjętą stawkę, np. powołując się na indywidualną interpretację organu podatkowego. W przeciwnym wypadku podanie innej stawki podatku VAT albo jej nie podanie skutkować będzie uznaniem, że Wykonawca popełnił w treści oferty inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 punkt 3 Ustawy”. Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa do wyjaśnienia rozbieżności w tym zakresie, w przeciwnym razie uzna, że Wykonawca popełnił inną omyłkę na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

W piśmie z dnia 7 sierpnia 2023 r. Wykonawca Sp. z o.o. wskazał:

Ad.1a W załączeniu przesyłamy uzupełnione Załączniki nr 3 do SWZ przez wskazanych w ofercie podwykonawców:

Sp. z o.o.,

Sp. z o.o. Sp. K.

A także skorygowany Załącznik nr 3 przez Sp. z o.o.

Ad.1b W załączeniu przesyłamy skorygowany przez Sp. z o.o. załącznik nr 10 do SWZ.

Ad.1c W załączeniu przesyłamy Załączniki nr 11 do SWZ uzupełnione przez wskazanych w ofercie podwykonawców:

Sp. z o.o.,

Sp. z o.o. Sp. K.

Ad. 2a Potwierdzamy, iż bierzemy wspólny udział w przetargu z firmą
Sp. z o.o., której zlecimy opracowanie projektu konstrukcyjnego, firmą Sp. z o.o. Sp. K.,
której zlecimy opracowanie projektu instalacji sanitarnych, elektrycznych, teletechnicznych,
przyłączy i sieci zewnętrznych oraz firmą której zlecimy opracowanie projektu
drogowego. W/w firmy będą naszymi podwykonawcami.

Ad. 2b W załączeniu przesyłamy uzupełniony przez Sp. z o.o. Załącznik nr 1 do SWZ
z uzupełnionym punktem nr 10.

Ad. 2c Potwierdzamy, iż jesteśmy płatnikiem VAT. W Załączniku nr 2 do SWZ w pkt.12 błędnie
oznaczono zwolnienie z podatku VAT.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy

Sp. z o.o. wezwanie do wyjaśnienia treści oferty o następującej treści:

Na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień
w zakresie stwierdzonych sprzeczności, wynikających z przedłożonych dokumentów poprzez
złożenie oświadczenia wyjaśniającego wątpliwości w zakresie zakresu udziału podmiotów
w realizacji zamówienia, w tym dokładnego i ostatecznego oświadczenia związanego z realizacją
zamówienia, bowiem przedłożone oświadczenia pozostają w sprzeczności.

W związku z powyższym Zamawiający wnosi o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy Wykonawca występuje w konsorcjum z innymi podmiotami ubiegającymi się
o udzielenie zamówienia, czy samodzielnie?**

W formularzu oferty złożonym nie wskazał tego faktu a jedynie w dokumencie JEDZ, dodatkowo
pozostałe dokumenty nie zawierają odniesień do wskazanego zakresu. Zmiana zakresu
Wykonawców powoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z dokumentami zamówienia, stąd też
Wykonawca powinien szczegółowo przeanalizować zakres współpracy z pozostałymi
Wykonawcami.

Zamawiający wyjaśnia, że w tematykę wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wprowadza
art. 58 ustawy pzp. Łączenie wykonawców w grupy umożliwia wzięcie udziału w postępowaniu
mikro, małym i średnim przedsiębiorcom, którzy w pojedynkę nie mieli by możliwości startowania
w przetargach. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawodawca dopuszcza możliwość wspólnego
ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy będą traktowani w świetle prawa na równi.
Jest to odmienna regulacja od polegania na zasobach trzecich bądź zlecania prac podwykonawcom,
gdyż wykonawcy za wykonanie określonego zadania wykonawcy odpowiadają solidarnie (wyjątek
określony w art. 445 ustawy pzp). Ustawa pzp pozostawia jednak swobodę wykonawcom odnośnie
zasad wspólnego ubiegania się i jednocześnie zastrzega, że zamawiający nie może wymagać
określonej formy prawnej tworzenia tych grup. Co za tym idzie wykonawcy mogą ubiegać się
o zamówienie zarówno na podstawie wcześniej zawartego porozumienia lub zawiązać grupę
jedynie w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia, jednak zamawiający przed udzieleniem
zamówienia może wezwać wykonawców do potwierdzenia przedstawienia umowy, bądź

porozumienia regulującego współpracę tych podmiotów. W przypadku wspólnego ubiegania się wykonawcy ustanawiają obowiązkowo pełnomocnika, który będzie reprezentować ich w postępowaniu oraz fakultatywnie może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego w ich imieniu. Pełnomocnictwo powinno być złożone wraz z ofertą, a zamawiający może wezwać jednokrotnie do jego uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp w przypadku jego braku. Jeżeli wykonawca nie przekaze zamawiającemu pełnomocnictwa jego oferta zostanie odrzucona (art. 226 ust 1 pkt 2 lit. c). Nieco odmienną regulacją charakteryzuje się zawarcie umowy wykonawców w ramach spółki cywilnej. W tym przypadku reprezentacja wykonawców wynika z kodeksu cywilnego, do czego odnosi się art. 866 KC, gdzie jeden ze wspólników reprezentuje spółkę jako przedstawiciel ustawowy, a nie pełnomocnik. W praktyce w tym konkretnym przypadku pełnomocnictwo można zastąpić umową spółki cywilnej lub uchwałą spółki. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Co za tym idzie, wszyscy wykonawcy, którzy wspólnie chcą brać udział w postępowaniu muszą wykazać brak podstaw do wykluczenia dla każdego z wykonawców z osobna, jednak zamawiający ma prawo określić specjalne warunki udziału, jednak musi być to proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W zakresie spełniania warunków udziału wykonawcy wspólnie ubiegający się są traktowani jak jeden wykonawca, który spełnia określone warunki i posiada określony potencjał (wyjątek art. 117 ust. 1 ustawy pzp), wobec powyższego w tym przypadku nie ma potrzeby składania dokumentów potwierdzających przekazania zasobów do dysponowania przez podmiot trzeci, gdyż faktycznie w tym stanie prawnym nie ma polegania na zasobach podmiotu trzeciego.

2) Czy Wykonawca polega na zasobie podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy jedynie potrzebuje podwykonawców na realizację zamówienia?

W ofercie pierwotnie nie wskazano polegania na zasobie podmiotów trzecich, natomiast załączono zobowiązania ww. podmiotów. W uznaniu Zamawiającego Wykonawca nie zwrócił uwagi na różnice pomiędzy podwykonawstwem a poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, stąd też wyjaśnia i wnosi o potwierdzenie, że ww. oświadczenie. W związku z powyższym Zamawiający wnosi o analizę, czy potrzebuje spełnić warunek w zakresie doświadczenia lub poprzez skład zespołu z wykorzystaniem innego podmiotu.

Ustawodawca jasno określa możliwość potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegania za zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających powyżej wskazane zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Oznacza to, że wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału lub kryteriów selekcji mogą powołać się nie tylko na własne zasoby, ale też na zasoby jednego lub kilku podmiotów trzecich, jednak stosunek pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim musi mieć

charakter formalnoprawny, a nie fikcyjny. Przepis ten ma zastosowanie, gdy wykonawca sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub gdy mają zastosowanie kryteria selekcji i wykonawca chce zapewnić sobie większe szanse na zakwalifikowania się do dalszych etapów postępowania (zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych). Zgodnie z orzecznictwem TSUE okres dysponowania zasobami musi trwać przez cały czas wykonywania zamówienia, a powoływanie się na cudze zasoby nie może mieć charakteru pozornego tzn., że oferent rzeczywiście będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, a podmiot trzeci będzie bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu danego zamówienia. Podmiot trzeci musi być faktycznie zaangażowany w wykonywanie przedmiotu zamówienia, wobec powyższego podmiot trzeci wspiera wykonawcę w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Ponadto, wykonawca ma obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że podmiot na który się powołuje faktycznie odda mu do dyspozycji określone zasoby. Natomiast zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawodawca dopuszcza możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Z kolei w art. 7 w pkt. 27) ustawodawca zawarł definicję pojęcia umowy o podwykonawstwo, wskazując, iż należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą oraz między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, [...] na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. W Rozdziale 5 ustawy pzp, poświęconym podwykonawstwu, ustawodawca dopuszcza możliwość badania podstaw wykluczenia z art. 108 i 109 ustawy Pzp względem podwykonawcy, jeżeli Zamawiający zawarł taki warunek w dokumentach zamówienia, jednak nie jest to obligatoryjny obowiązek Zamawiającego. Zamawiający na podstawie art. 121 może zastrzec w dokumentach przetargowych obowiązek wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Mając na uwadze powyższe w świetle przepisów ustawy Pzp podwykonawca jest to podmiot, z którym wykonawca (podwykonawca lub dalszy podwykonawca) zawarł pisemną, odpłatną umowę powierzając mu wykonanie konkretnej części zamówienia na dostawy, usługi lub roboty budowlane. Zamawiający może wezwać Wykonawcę do przedstawienia w ofercie informacji o podwykonawcach, wskazując ich dane o ile są na tym etapie już znane Wykonawcy. W art. 462 ustawy pzp ustawodawca jasno wskazuje, że za wykonanie przedmiotu zamówienia odpowiada wykonawca, wobec tego zamawiający nie może mieć roszczeń do podwykonawcy np. za nie wywiązanie się z zobowiązania w terminie lub szkody powstałe w czasie realizacji zamówienia, a może takich roszczeń dochodzić od wykonawcy. Ponadto, w świetle przepisów ustawy Pzp podwykonawca może (ale nie musi) jednocześnie udostępniać zasoby Wykonawcy, na które wykonawca się powołuje w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

W piśmie z dnia 29 sierpnia 2023 r. Wykonawca

Sp. z o.o. wskazał:

Ad. 1 Potwierdzamy, iż występujemy o udzielenie w/w zamówienia samodzielnie, a nie w konsorcjum.

Ad.2 Potwierdzamy, iż w złożonych dokumentach błędnie opisano podmiot trzeci.

Przy realizacji w/w zadania będziemy polegać na zasobach firm: Sp. z o.o.,
której zlecimy opracowanie projektu konstrukcyjnego, firmie Sp. z o.o. Sp. K., której zlecimy
opracowanie projektu instalacji sanitarnych, elektrycznych, teletechnicznych, przyłączy i sieci
zewnętrznych oraz firmie której zlecimy opracowanie projektu drogowego.

W/w firmy będą naszymi podwykonawcami.

Pismem z dnia 1 września 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Sp. z o.o.
do wyjaśnienia treści oświadczeń (JEDZ) wskazując:

Na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień
treści oświadczeń z art. 125 ustawy w celu ustalenia zgodności treści otrzymanego oświadczenia
w dniu 28.08.2023r. z treścią przedłożonych w postępowaniu dokumentów i oświadczeń.

W oświadczeniu przekazanym w dniu 29.08.2023 r. Wykonawca potwierdził, że w prowadzonym
postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występuje samodzielnie, a nie w konsorcjum.

W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie oświadczeń zawartych w dokumentach JEDZ:

- 1) JEDZ Wykonawcy Sp. z o.o. - w Części II formularza, sekcja A w pozycji:
Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze udział w postępowaniu
o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami? - w odpowiedzi zaznaczyć „tak”,
a zgodnie z treścią w/w oświadczenia winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji
wskazującej lidera grupy i pozostałych wykonawców.
- 2) JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Sp. z o.o.- w Części II
formularza, sekcja A w pozycji: Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze
udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami?
- w odpowiedzi zaznaczyć „tak” , a winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji
wskazującej lidera grupy i pozostałych wykonawców., ponieważ Wykonawca
Sp. z o.o. występuje samodzielnie w prowadzonym postępowaniu.
- 3) JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Sp. z o.o. Sp.K. - w Części II
formularza, sekcja A w pozycji: Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze
udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami?
- w odpowiedzi zaznaczyć „tak” , a winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji
wskazującej lidera grupy i pozostałych wykonawców., ponieważ Wykonawca
Sp. z o.o. występuje samodzielnie w prowadzonym postępowaniu.
- 4) JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby - w Części II formularza,
sekcja A w pozycji: Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze udział
w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami? - w odpowiedzi
zaznaczyć „tak” , a winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji wskazującej lidera
grupy i pozostałych wykonawców., ponieważ Wykonawca Sp. z o.o.
występuje samodzielnie w prowadzonym postępowaniu.

W związku z powyższym Wykonawca winien złożyć nowe dokumenty JEDZ dla siebie i podmiotów:

- 1) *Sp. z o.o*
- 2) *Sp. z o.o. Sp.K*
- 3)

Zamawiający rekomenduje takie działanie aby ujednolicić oświadczenia złożone dotychczas w postępowaniu.

Zamawiający rekomenduje aby Wykonawca skorzystał z instrukcji wypełniania JEDZ.

Wyjaśnienie wraz z nowymi dokumentami JEDZ należy przekazać Zamawiającemu w terminie 5 dni od dnia otrzymania wezwania za pomocą platformy, na której prowadzone jest postępowanie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca *Sp. z o.o.* przesłał do Zamawiającego poprawione oświadczenia w postaci dokumentów JEDZ.

Pismem z dnia 8 września 2023 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy *Sp. z o.o.* wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 9.4.1-9.4.6 SWZ.

Pismem z dnia 8 września 2023 r. Wykonawca *Sp. z o.o.* wskazał:
W związku z otrzymanym wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przesyłamy:

Ad.1 Oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej - załącznik nr 5 do SWZ.

Ad.2 Aktualny KRS.

Ad.3 Oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p. - załącznik nr 12 do SWZ.

Ad.4 Potwierdzamy, iż przekazane Państwu zaświadczenie z Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 12.05.2023 o niefigurowaniu w Krajowym Rejestrze Karnym jest aktualne.

Ad.5 Potwierdzamy, iż przekazany Państwu „Wykaz usług” - załącznik nr 6 do SWZ jest aktualny.

Ad. 6 Potwierdzamy, iż przekazany Państwu „Wykaz osób” - załącznik nr 7 do SWZ jest aktualny.

Pismem z dnia 20 września 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę *Sp. z o.o.* do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie:

- 1) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 3-6 ustawy Pzp oraz w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp - wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 12 do SWZ,
- 2) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem - dla osób - Prezesa Zarządu Spółki,
- 3) skorygowanego wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia

publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami zgodnie z załącznikiem nr 7 do OPIW.

Wraz z pismem z dnia 22 września 2023 r. Wykonawca Sp. z o.o. przekazał żądane przez Zamawiającego dokumenty i oświadczenia, a także aktualną informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców, numer KRS 0000297416.

Pismem z dnia 6 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę Wykonawcy Sp. z o.o.

W dniu 25 października 2023 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Sp. z o.o. umowa nr DRI.362.1.2023 w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 13 listopada 2023 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie tutejszego Urzędu, Zamawiający wyjaśnił, iż:

Zamawiający pragnie wyjaśnić, że przedmiotowe postępowanie stanowi 4 postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było Opracowanie dokumentacji projektowej dla zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej na osiedlu Brochów przy ul. Mościckiego we Wrocławiu, a w przedmiotowym postępowaniu była tylko 1 ważna oferta, bowiem pozostałe podlegały odrzuceniu w postępowaniu.

W pierwszej kolejności w odniesieniu do zarzutu Zamawiający pragnie wyjaśnić, że wyjaśnienia składane przez Wykonawcę, jak również treści wniosków dotyczyły ustalenia, czy Wykonawca:

- 1) czy polega na podmiocie trzecim oraz w jakim zakresie,*
- 2) czy podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia,*
- 3) czy mamy w ofercie Wykonawcy sytuację dysponowania bezpośredniego lub pośredniego,*
- 4) czy podmiot wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego,*

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp należy interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne).

Zamawiający w związku ze złożonymi dokumentami posiadał uzasadnione wątpliwości, bowiem sposób przedkładania poszczególnych oświadczeń i dokumentów wskazywała, że Wykonawca nie rozumie instytucji polegania na podmiocie trzecim.

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis art. 223 ust. 1 Pzp nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty, to jednak taka

potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z warunkami zamówienia. Dlatego zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie gdyby było to potrzebne podjąć próbę jej poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stąd też Zamawiający dokonywał wezwania Wykonawcy do wyjaśnień, w szczególności że każdorazowo po ich złożeniu Zamawiający musiał analizować je pod kątem pozostałych oświadczeń złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę zamawiającemu stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Treść art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje kompetencję dla zamawiającego, która przeradza się w obowiązek, jeżeli w toku badania oferty zostanie ustalone, że oferta zawiera postanowienia niejasne lub budzące wątpliwości. W takiej sytuacji, gdy oferta miałaby zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, wezwanie jest szczególnie istotne.

Co więcej w oparciu o podmiotowe środki dowodowe Zamawiający uzyskał pewność, że Wykonawca uznał podwykonawstwo za poleganie na podmiocie trzecim, bowiem samodzielnie spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wyjaśnia, że nie może formułować zarzutów dotyczących technicznych oraz formalnych aspektów oferty, nie wskazując żadnej podstawy własnych twierdzeń lub wątpliwości. Obowiązkiem zamawiającego jest przy tym rozwiewać wszelkie wątpliwości w drodze wyjaśnień składanych przez wykonawcę, a nie poprzez lekturę nieujawnionych materiałów internetowych. Zaniechanie w tym zakresie spowodować może przedwczesność lub bezpodstawność czynności odrzucenia oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1541/22). Nieudzielanie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty powoduje, że zamawiający podejmuje decyzję na podstawie wiedzy, jaką dysponuje, bez wyjaśnień wykonawcy. Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp (zob. wyroki z dnia 3 stycznia 2012 r., KIO/UZP 1327/09, z dnia 5 listopada 2009 r., KIO/UZP 1443/09, z dnia 13 października 2010 r., KIO/UZP 2145/10). W wyroku z dnia 21 stycznia 2021 r., KIO 3372/20 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że skutkiem niezastosowania się do wezwania zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp2004 udzielenia ocenionych przez zamawiającego jako niewystarczające wyjaśnień jest przyjęcie przez wykonawcę na siebie ryzyka, że zamawiający posłuży się dostępnymi mu informacjami na temat treści oferty wykonawcy i wyciągnie z nich określone skutki prawne (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp odpowiada art. 87 ust. 1 ustawy Pzp2004).

Zgodnie z wyrokiem KIO z 20 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3555/21): „Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i – z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek – nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty – działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p”.

Jednocześnie wskazany zarzut skupia się na podstawach prawnych wezwań oraz zakresu dokumentów, które miał uzupełnić Wykonawca, a całkowicie pomija uzasadnienie wskazanych wezwań. Przykładowo w przepisie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie wskazuje na trzy odmienne instytucje: wezwanie do złożenia, wezwanie do poprawienia i wezwanie do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Ponieważ przepisy ustawy Pzp nie wyjaśniają pojęć: nie złożył, są one niekompletne, zawierają błędy, istotne jest uzasadnienie wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia. Jeżeli nawet zamawiający nada wezwaniu nazwę „Wezwanie do złożenia”, ale w treści uzasadnienia takiego wezwania wyjaśni powody wezwania, wskazując dokument oraz na czym polega niekompletność tego dokumentu i wezwie do jego uzupełnienia wskazując, jak wykonawca powinien uzupełnić niekompletny dokument, to będzie to wezwanie do uzupełnienia. Jeżeli w wyniku badania i oceny ofert dojdzie do konieczności uzupełnienia innego oświadczenia, to Zamawiający zobowiązany będzie zastosować tą samą podstawę prawną, ale zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentu będzie zachowana.

W przedmiotowym zarzucie skupiono się na ilości podstaw prawnych, a nie na przedmiocie wezwań.

Wobec powyższego należy w pierwszej kolejności wskazać, iż instytucja wezwania do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, określona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp została ustanowiona w celu umożliwienia uniknięcia wykluczenia wykonawcy, który złożył prawidłowo sporządzoną pod względem merytorycznym ofertę, jednakże zawiera braki lub błędy w złożonych dokumentach. Obowiązek Zamawiającego do wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń zachodzi w przypadku:

- braku złożenia dokumentu lub oświadczenia, tj. gdy nie został fizycznie dostarczony,
- złożenia niekompletnego dokumentu lub oświadczenia, tj. gdy dokument (oświadczenie) został fizycznie złożony, ale nie spełnia określonych w SWZ wymagań formalnych,

np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem,

- złożenia dokumentu lub oświadczenia zawierającego błędy, tj. gdy dokument (oświadczenie) został fizycznie złożony i jest formalnie poprawny, ale nie potwierdza spełniania odpowiednich wymagań.

Jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wymaganych dokumentów lub oświadczeń, bądź złożone w terminie podmiotowe środki dowodowe będą w dalszym ciągu niekompletne, lub wykonawca nie naprawi stwierdzonych przez Zamawiającego błędów w tych dokumentach/oświadczeniach, jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Należy w tym miejscu podkreślić, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, może być dokonane tylko jeden raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego dokumentu lub oświadczenia¹. Zignorowanie zasady jednokrotności wezwania w sytuacji, gdy pierwsze wezwanie jest jednoznaczne i precyzyjne, może bowiem prowadzić do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie, stosownie do art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści JEDZ lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Przepis ten służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych. Aktualny pozostaje pogląd, iż wezwanie do wyjaśnień może być kierowane do wykonawcy wielokrotnie, a brak reakcji wykonawcy lub niewystarczające wyjaśnienia nie skutkują odrzuceniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Te podlegają bowiem odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie dokumentów lub oświadczeń (art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp), a pojęcie „dokumenty lub oświadczenia” nie obejmuje wyjaśnień (...). Niewątpliwie jednak wykonawca powinien mieć na uwadze, że brak udzielenia wyjaśnień, tj. nierozwianie wątpliwości zamawiającego co do treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu skutkować może wezwaniem o naprawienie błędu takiego dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.²

W niniejszym postępowaniu Wykonawca Sp. z o.o. zdecydował się nie tylko na złożenie wymaganego pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r. oświadczenia w zakresie Części II

¹ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1676/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1649/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1560/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO/913/21.

² Zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 480.

w sekcji "A": „Rodzaj uczestnictwa” dokumentu JEDZ, lecz również przekazał poprawiony w powyższym zakresie dokument JEDZ. Należy wskazać, iż możliwość zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do „samouzupełnionego” przez wykonawcę oświadczenia lub dokumentu będzie zależna od danego stanu faktycznego sprawy. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 września 2023 r., sygn. akt KIO 2508/23: w kontekście niniejszej sprawy należy, odnieść się również do instytucji tzw. „samouzupełnienia”, wypracowanej na gruncie orzecznictwa i doktryny. Przepisy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez wezwania. Uzupelnianie, poprawianie lub wyjaśnianie dokumentów należy odnosić do konkretnych oświadczeń, dokumentów lub zawartych w nich informacji. W przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu, powinien on być wzięty pod uwagę przez Zamawiającego, jeżeli jednak dokument złożony w trybie „samouzupełnienia” był nadal wadliwy, to Zamawiający zobowiązany jest do wystosowania jednokrotnego wezwania do jego uzupełnienia. W przedmiotowej sprawie, jak wskazywał Zamawiający przedłożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe były wadliwe, tym samym nie było podstaw do ich zaakceptowania, a zachodziła konieczność wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia. (...) O ile zasadność wezwania do poprawienia dokumentu lub oświadczenia złożonego przez wykonawcę bez wezwania, gdy są złożone po raz pierwszy w postępowaniu, nie budzi wątpliwości, należy rozważyć czy wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest zasadne, gdy w ramach „samouzupełnienia” wykonawca poprawia już wcześniej złożony dokument. W takim przypadku, zastosowanie procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp powodowałoby realną możliwość złożenia tego samego dokumentu po raz trzeci, w tym dwukrotną możliwość poprawienia tego samego błędu w tym dokumencie, co jednocześnie narusza zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W tym kontekście należy przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1619/23, w którym podniesiono m.in. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy , którego treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie: art. 107 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci linku do testu CrossMark lub testu w wydruku PDF z datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed składaniem ofert oraz w języku polskim. W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący wyjaśnił, iż: bezspornym jest, że załączony pierwotnie przez link odnosił do testu, który został wykonany później niż 30 dni przed złożeniem oferty (test z 7.05.2022 r.), a nadto został wykonany na komputerze wyposażonym w 16 GB pamięci RAM, gdy wykonawca w formularzu ofertowym wskazał, że oferowany przez niego laptop posiada 8 GB pamięci RAM (z możliwością rozbudowy do 16 GB). Potwierdził to sam Zamawiający wzywając dnia 9 maja 2023 r. do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie.

W odpowiedzi Betchle przedłożył inny test – załączając do wyjaśnień zarówno link do ww. strony, jak i test w wydruku PDF. Zadaniem Odwołującego, żaden z nich nie potwierdził

zgodności zaoferowanego sprzętu w zakresie wydajności z wymaganiami wynikającymi z dokumentacji zamówienia. (...)

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wnosi zarzut ewentualny – zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci linku do testu CrossMark lub testu w wydruku PDF z datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed składaniem ofert oraz w języku polskim. Wskazać jednak należy, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokonało swoistego samouzupełnienia wyniku testu przedstawiając zarówno link, jak i wydruk nowego testu. Wykonawca ten skorzystał więc już z jednokrotnej możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych i nie może dokonać tego ponownie. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie w powyższym zakresie wskazała: pismem z dnia 9 maja 2023 roku Zamawiający wezwał między innymi do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie przedstawionego testu CrossMark przy ofercie lub uzupełnienie prawidłowego testu CrossMark. W odpowiedzi na to wezwanie przedstawił Zamawiającemu w piśmie z dnia 11 maja 2023 roku informację: Do niniejszego pisma w załączniku znajduje się wydruk PDF testu CrossMark. Poniżej również przedstawiamy link do strony z wynikiem: <https://results.bapco.com/fdr/41353>.

Do pisma został załączony wydruk testu z dnia 19 kwietnia 2023 roku (wydruk w oryginalnej wersji w języku angielskim), linku - test w którym widnieje data 30 kwietnia 2023 rok.

W związku z powyższym, jednoznaczny jest, że wykonawca skorzystał z prawa uzupełnienia dokumentu, do czego również wezwany był przez Zamawiającego.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba stwierdziła, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności oceny dokumentów złożonych przez , a oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem nie zostało potwierdzone spełnienie wymagania, warunku zamówienia co do wydajności oferowanego urządzenia w wymaganym przez Zamawiającego teście CrossMark. (...) W związku z uwzględnieniem zarzutu głównego, zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt kontrolowanej sprawy należy zauważyć, co następuje:

Pierwsze wezwanie z dnia 1 sierpnia 2023 r.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Sp. z o.o. do poprawienia i uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty wskazując:

1. Na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów aktualnych na dzień złożenia:
 - a) oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w postaci Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ), ponieważ w myśl art. 119 Ustawy Pzp Zamawiający bada, czy wobec podmiotu trzeciego

nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów JEDZ, zgodnego z treścią SWZ oraz treścią Załącznika nr 3 do SWZ, dla wszystkich podmiotów trzecich, na które Wykonawca się powołuje i zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, gdyż nie zostały one przekazane do Zamawiającego, a z dokumentów przekazanych w postępowaniu wynika, że Wykonawca obowiązany jest złożyć odrębne dokumenty JEDZ dla:

Sp. z o.o. Sp.K,

Sp. z o.o. Sp.K.

Jednocześnie, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wzywał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie stwierdzonych sprzeczności, wynikających z przedłożonych dokumentów, poprzez złożenie oświadczenia wyjaśniającego wątpliwości w zakresie:

- a) rodzaju uczestnictwa tj. potwierdzenia czy Państwo biorą udział wspólnie z innym Wykonawcą w realizacji zamówienia

W przesłanym przez Państwa oświadczeniu JEDZ w Części II w sekcji "A": „Rodzaj uczestnictwa” na pytanie „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?” udzielono odpowiedzi przeczącej, a w kolejnej pozycji „Jeżeli tak: a) Proszę wskazać rolę wykonawcy w grupie (lider, odpowiedzialny za określone zadania itd.): b) Proszę wskazać pozostałych wykonawców biorących wspólnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia: c) W stosownych przypadkach nazwa grupy biorącej udział: ”Wykonawca udzielił odpowiedzi „a): Lider” i „b): ”. Wobec powyższego Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w formie oświadczenia własnego, które jednoznacznie wyeliminuje wątpliwości Zamawiającego do omawianej sprzeczności w oświadczeniu.

- b) Złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innego podmiotu w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu

W formularzu ofertowym w punkcie 10 Wykonawca nie wypełnił pola, czyli nie oświadczył, iż wykazując spełnianie warunków udziału, o których mowa w art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp będzie polegać na zasobach wskazanych podmiotów. Na podstawie art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażając minimalne poziomy zdolności. Jednocześnie Wykonawca złożył zobowiązanie podmiotów trzecich, w których zobowiązują się do oddania zasobów na potrzeby wykonania Zamówienia, wobec powyższego Zamawiający ma wątpliwości odnośnie braku oświadczenia w pkt. 10 formularza ofertowego, uwzględniając fakt, że pozostałe formalności w tym zakresie zostały przez Wykonawcę dopełnione, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w formie oświadczenia własnego, które jednoznacznie wyeliminuje wątpliwości we wskazanym powyżej zakresie. (...)

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca

Sp. z o.o. wskazał:

Ad.1a W załączeniu przesyłamy uzupełnione Załączniki nr 3 do SWZ przez wskazanych w ofercie podwykonawców:

Sp. z o.o.,

Sp. z o.o. Sp. K.

A także skorygowany Załącznik nr 3 przez

Sp. z o.o.

(...)

Ad. 2a Potwierdzamy, iż bierzemy wspólny udział w przetargu z firmą

Sp. z o.o., której zlecimy opracowanie projektu konstrukcyjnego, firmą , Sp. z o.o. Sp. K.,

której zlecimy opracowanie projektu instalacji sanitarnych, elektrycznych, teletechnicznych, przyłączy i sieci zewnętrznych oraz firmą , której zlecimy opracowanie projektu drogowego. W/w firmy będą naszymi podwykonawcami.

Ad. 2b W załączeniu przesyłamy uzupełniony przez

Sp. z o.o. Załącznik nr 1 do SWZ

z uzupełnionym punktem nr 10.

Drugie wezwanie z dnia 24 sierpnia 2023 r.

Następnie, pismem z dnia 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy

Sp. z o.o. wezwanie do wyjaśnienia na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp treści oferty w zakresie stwierdzonych sprzeczności, wynikających z przedłożonych dokumentów. Zamawiający wniósł o odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy Wykonawca występuje w konsorcjum z innymi podmiotami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, czy samodzielnie?
- 2) Czy Wykonawca polega na zasobie podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy jedynie potrzebuje podwykonawców na realizację zamówienia?

W piśmie z dnia 29 sierpnia 2023 r. Wykonawca

Sp. z o.o. wskazał:

Ad. 1 Potwierdzamy, iż występujemy o udzielenie w/w zamówienia samodzielnie, a nie w konsorcjum.

Ad.2 Potwierdzamy, iż w złożonych dokumentach błędnie opisano podmiot trzeci.

Przy realizacji w/w zadania będziemy polegać na zasobach firm:

Sp. z o.o.,

której zlecimy opracowanie projektu konstrukcyjnego, firmie

Sp. z o.o. Sp. K., której zlecimy

opracowanie projektu instalacji sanitarnych, elektrycznych, teletechnicznych, przyłączy i sieci zewnętrznych oraz firmie , której zlecimy opracowanie projektu drogowego.

W/w firmy będą naszymi podwykonawcami.

Trzecie wezwanie z dnia 1 września 2023 r.

Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 1 września 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę

Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oświadczeń (JEDZ) wskazując:

Na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień

W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie oświadczeń zawartych w dokumentach JEDZ:

- 1) JEDZ Wykonawcy Sp. z o.o. - w Części II formularza, sekcja A w pozycji:
Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami? - w odpowiedzi zaznaczyć „tak”, a zgodnie z treścią w/w oświadczenia winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji wskazującej lidera grupy i pozostałych wykonawców.
- 2) JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Sp. z o.o.- w Części II formularza, sekcja A w pozycji: Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami? - w odpowiedzi zaznaczyć „tak”, a winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji wskazującej lidera grupy i pozostałych wykonawców., ponieważ Wykonawca Sp. z o.o. występuje samodzielnie w prowadzonym postępowaniu.
- 3) JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Sp. z o.o. Sp.K. - w Części II formularza, sekcja A w pozycji: Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami? - w odpowiedzi zaznaczyć „tak”, a winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji wskazującej lidera grupy i pozostałych wykonawców., ponieważ Wykonawca Sp. z o.o. występuje samodzielnie w prowadzonym postępowaniu.
- 4) JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby - w Części II formularza, sekcja A w pozycji: Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami? - w odpowiedzi zaznaczyć „tak”, a winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji wskazującej lidera grupy i pozostałych wykonawców., ponieważ Wykonawca Sp. z o.o. występuje samodzielnie w prowadzonym postępowaniu.

W związku z powyższym Wykonawca winien złożyć nowe dokumenty JEDZ dla siebie i podmiotów:

- 1) $Sp. z o.o$
- 2) $Sp. z o.o, Sp.K$
- 3)

Zamawiający rekomenduje aby Wykonawca skorzystał z instrukcji wypełniania JEDZ.

Wyjaśnienie wraz z nowymi dokumentami JEDZ należy przekazać Zamawiającemu w terminie 5 dni od dnia otrzymania wezwania za pomocą platformy, na której prowadzone jest postępowanie.

Analizując treść ww. wezwań Zamawiającego oraz udzielonych przez Wykonawcę Sp. z o.o. wyjaśnień należy zauważyć, iż w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2023 r. w sprawie uzupełnienia dokumentów JEDZ dla:

Sp. z o.o., Sp. z o.o. Sp. K., , oraz o złożenie oświadczenia w zakresie sprzeczności występujących w dokumencie JEDZ dot. Wykonawcy Sp. z o.o. w zakresie Części II w sekcji A: „Rodzaj uczestnictwa”, Wykonawca Sp. z o.o. przedłożył błędnie wypełnione dokumenty JEDZ, co potwierdza dalsza korespondencja z ww. Wykonawcą (pismo Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2023 r. oraz pismo Wykonawcy z dnia 29 sierpnia 2023 r.), a następnie – wezwanie z dnia 1 września 2023 r., które pomimo użycia przez Zamawiającego sformułowań, iż *na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści oświadczeń z art. 125 ustawy w celu ustalenia zgodności treści otrzymanego oświadczenia w dniu 28.08.2023 r. z treścią przedłożonych w postępowaniu dokumentów i oświadczeń*, stanowi w rzeczywistości drugie wezwanie o uzupełnienie dokumentów JEDZ dla Wykonawcy oraz Podwykonawców. O powyższym świadczy podanie przez Zamawiającego instrukcji prawidłowego uzupełnienia dokumentu JEDZ dla Części II formularza, sekcja A w pozycji: „Rodzaj uczestnictwa”, oraz rekomendacja *złożenia nowych dokumentów JEDZ dla siebie i podmiotów oraz pouczenie: Wyjaśnienie wraz z nowymi dokumentami JEDZ należy przekazać Zamawiającemu w terminie 5 dni od dnia otrzymania wezwania za pomocą platformy, na której prowadzone jest postępowanie.*

W tym miejscu należy podkreślić, iż na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących treści dokumentów JEDZ lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, lecz przepis ten nie służy tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych. W niniejszym przypadku, Zamawiający korzystając z ww. przepisu próbował poprawić błędnie wypełnione dokumenty JEDZ w Części II, sekcja A, pozycja: „Rodzaj uczestnictwa”. Należy podkreślić, iż uzupełnianie/poprawianie dokumentów lub oświadczeń powinno odbywać się jedynie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tj. poprzez wezwanie wykonawcy o uzupełnienie/poprawienie danego dokumentu lub oświadczenia.

Uznając, iż pismo Zamawiającego z dnia 1 września 2023 r. stanowi w rzeczywistości drugie wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, należy rozróżnić 2 kwestie:

1. w stosunku do dokumentu JEDZ wymaganego dla Podwykonawców:

Sp. z o.o., Sp. z o.o. Sp. K., - w niniejszym przypadku nie doszło do naruszenia zasady jednokrotnego wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w pierwszym wezwaniu (pismo z dnia 1 sierpnia 2023 r.) Zamawiający wezwał o uzupełnienie dokumentu JEDZ, który nie został fizycznie dostarczony, a następnie pismem z dnia 1 września wezwał Wykonawcę Sp. z o.o. o poprawienie złożonych dokumentów JEDZ dla ww. podmiotów w zakresie

Części II Sekcji A pozycji: „Rodzaj uczestnictwa”. Zatem, zakres ww. wezwań nie jest tożsamy.

2. w stosunku do dokumentu JEDZ Wykonawcy Sp. z o.o. Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r. wezwał Wykonawcę o złożenie oświadczenia w zakresie sprzeczności występujących w dokumencie JEDZ, gdyż w Części II w sekcji "A"; „Rodzaj uczestnictwa” na pytanie „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?” udzielono odpowiedzi przeczącej, a w kolejnej pozycji „Jeżeli tak: a) Proszę wskazać rolę wykonawcy w grupie (lider, odpowiedzialny za określone zadania itd.): b) Proszę wskazać pozostałych wykonawców biorących wspólnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia: c) W stosownych przypadkach nazwa grupy biorącej udział: "Wykonawca udzielił odpowiedzi „a): Lider" i „b): ”. W ramach złożonych wyjaśnień w powyższym zakresie, Wykonawca Sp. z o.o. dokonał „samouzupełnienia” przekazując skorygowany Załącznik nr 3 przez Sp. z o.o. (dokument JEDZ). Następnie, pismem z dnia 1 września 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Sp. z o.o. o poprawienie dokumentu JEDZ w tym samym zakresie, gdyż w Części II formularza, sekcja A w pozycji: Rodzaj uczestnictwa, na pytanie: Czy Wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi Wykonawcami? - w odpowiedzi zaznaczył „tak”, a zgodnie z treścią w/w oświadczenia winien zaznaczyć „nie” i nie wypełniać kolejnej pozycji wskazującej lidera grupy i pozostałych wykonawców. Zatem, pismem z dnia 1 września 2023 r. określonym przez Zamawiającego jako wezwanie o wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w rzeczywistości wystosowano wezwanie o poprawienie dokumentu JEDZ w zakresie Części II Sekcji A pozycji: „Rodzaj uczestnictwa”.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż podobnie jak w stanie faktycznym przywołanym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1619/23, Wykonawca

Sp. z o.o. pierwotnie składa dokument zawierający błędy, a następnie – w ramach wezwania o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 dokonuje „samouzupełnienia” tego dokumentu. Jednakże samodzielnie uzupełniony dokument – w tym przypadku dokument JEDZ – nadal zawiera błędy i to w tym samym zakresie, w jakim było kierowane wezwanie o wyjaśnienia, tj. w zakresie Części II Sekcji A pozycji: „Rodzaj uczestnictwa” dokumentu JEDZ. Zatem, należy uznać, iż już w tym momencie Wykonawca skorzystał z prawa jednokrotnego uzupełnienia dokumentu. Natomiast, pismem z dnia 1 września 2023 r. wzywając do poprawienia dokumentu JEDZ w zakresie Części II Sekcji A pozycji: „Rodzaj uczestnictwa” Zamawiający umożliwił Wykonawcy dwukrotne poprawienie dokumentu JEDZ w tym samym zakresie, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Należy podkreślić, iż umożliwienie Wykonawcy uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, może być dokonane tylko jeden raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego dokumentu lub oświadczenia.

Jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wymaganych dokumentów lub oświadczeń, bądź złożone w terminie podmiotowe środki dowodowe będą w dalszym ciągu niekompletne, lub wykonawca nie naprawi stwierdzonych przez Zamawiającego błędów w tych dokumentach/oświadczeniach, jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż w niniejszym przypadku Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy¹ Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień sprzeczności oświadczeń zawartych w dokumencie JEDZ dokonał „samouzupełnienia” poprawionego dokumentu JEDZ, który nadal zawierał błędy w zakresie Części II Sekcji A pozycji „Rodzaj uczestnictwa”, a możliwość poprawienia tego błędu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp została wyczerpana, gdyż wystosowane wezwanie w ww. zakresie stanowiłoby dla Wykonawcy drugą możliwość poprawienia tego samego błędu w dokumencie JEDZ.

Jednocześnie należy wskazać, iż w wyniku odrzucenia oferty Wykonawcy Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp zostałyby spełnione przesłanki unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.³

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie pismem z dnia 1 września 2023 r. Wykonawcy Sp. z o.o. do poprawienia dokumentu JEDZ w zakresie Części II Sekcji A pozycji: „Rodzaj uczestnictwa”, a tym samym umożliwienie temu Wykonawcy dwukrotnego poprawienia dokumentu JEDZ w tym samym zakresie, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

2. Przedmiotem zamówienia było opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania pn. „Budowa zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej z usługami w parterze, garażem podziemnym, zagospodarowaniem terenu, niezbędną infrastrukturą techniczną i przyłączeniem do sieci miejskich, na terenie działki nr 5/5, AM-17, obręb Brochów wraz z zagospodarowaniem skweru zieleni na działkach nr 5/1, 5/2, AM-17, obręb Brochów

³ Kom. Informacja o odrzuceniu ofert Wykonawców:
oraz

Sp. z o.o. została przekazana w pismach z dnia 6 października 2023 r.

we Wrocławiu, oraz robotami towarzyszącymi na sąsiednich działkach drogowych. Szczegółowe wymagania względem przedmiotu zamówienia oraz zasad jego wykonania zostały zawarte w Załączniku nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz Załączniku nr 4 do SWZ – Wzór umowy.

Zgodnie z pkt 3 protokołu postępowania wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 2 146 765,05 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 482 029,16 euro netto.

Zgodnie z rozdziałem 2 pkt 2.1 SWZ, niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej także „ustawą pzp”. Zamawiający informuje, że na podstawie art. 325 ust. 1 w związku z art. 325 ust. 3 Ustawy Pzp przeprowadził postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem, gdzie zobowiązany był odrzucić wszystkie oferty wstępne bowiem nie spełniały minimalnych wymagań. W związku z faktem, że ilość Wykonawców w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego była mniejsza niż oczekiwana przez Zamawiającego stąd też w celu zapewnienia uzyskania największej liczby Wykonawców w postępowaniu, Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie najbardziej konkurencyjnym w ramach Ustawy Pzp.

Jednocześnie, w piśmie z dnia 30 kwietnia 2024 r. Zamawiający wyjaśnił, iż: na opracowanie dokumentacji projektowej dla zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej na osiedlu Brochów przy ul. Mościckiego we Wrocławiu, Zamawiający TBS Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przeprowadził łącznie cztery kolejne postępowania, z czego pierwsze trzy zostały unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2 lub 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą PZP.

Pierwsze dwa postępowania zostały przeprowadzone w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 w zw. z art. 325 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP. Oba postępowania zostały unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, tj. z uwagi na to, iż cena jedynej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (...).

Po unieważnieniu obu postępowań prowadzonych w trybie podstawowym bez negocjacji ogłoszonych w kwietniu 2022 r., Zamawiający dokonał ponownego oszacowania wartości planowanego zamówienia, a następnie przeprowadził trzecie postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 153 pkt 2 w zw. art. 325 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP. Postępowanie to zostało jednak ponownie unieważnione, gdyż oferty wstępne nie spełniały minimalnych wymagań (...).

W związku z brakiem rozstrzygnięcia kolejnego postępowania przetargowego na wybór wykonawcy dokumentacji projektowej w ramach zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej na osiedlu Brochów przy ul. Mościckiego we Wrocławiu”, Zamawiający podjął decyzję o przeprowadzeniu czwartego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, jako trybu najbardziej konkurencyjnego. Powyższe podyktowane było

koniecznością rozpoczęcia realizacji inwestycji pn. „Budowa osiedla mieszkaniowego Mościckiego” w rozumieniu przepisu art. 33p ust. 1b ustawy z dnia 26 października 1995 r. o społecznych formach rozwoju mieszkalnictwa (Dz. U. z 2021 r., poz. 2224 z późn. zm.), a tym samym uzyskania najpóźniej do dnia 10 sierpnia 2024 r. projektu zagospodarowania terenu dla przedmiotowej inwestycji przez Spółkę Zamawiającego, w której Miasto Wrocław objęło udziały z wykorzystaniem wsparcia ze środków Rządowego Funduszu Rozwoju Mieszkalnictwa (dalej: RFRM). (...)

Jednocześnie, w dniu 15 października 2021 r. we Wrocławiu pomiędzy Gminą Wrocław a Towarzystwem Budownictwa Społecznego Wrocław Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu została zawarta umowa dotycząca realizacji usługi publicznej pod nazwą „Budowa osiedla mieszkaniowego Mościckiego”, polegająca na realizacji inwestycji o kompleksowym charakterze, obejmująca budowę osiedla mieszkaniowego z przeznaczeniem mieszkań na wynajem Gminie lub mieszkańcom wskazanym przez Gminę wraz z infrastrukturą techniczną, infrastrukturą drogową (modernizacją odcinka drogi gminnej), infrastrukturą społeczną związaną z zaspokajaniem podstawowych potrzeb mieszkańców planowanej inwestycji, zwane „Przedsięwzięciem inwestycyjno-budowlanym Mościckiego” przy udziale wsparcia finansowego udzielonego Gminie ze środków RFRM. (...) Jak wskazał Zamawiający, dla wywiązania się z obowiązków umownych bez jednoczesnego narażania się na zwrot uzyskanego wsparcia finansowego RFRN i umorzenia udziałów w spółce, koniecznym było uzyskanie w terminie do 10 sierpnia 2024 r. projektu zagospodarowania działki lub terenu dla przedmiotowej inwestycji.

Tym samym, Zamawiający przystąpił do ogłoszenia czwartego postępowania na wybór wykonawcy dokumentacji projektowej w ramach zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej na osiedlu Brochów przy ul. Mościckiego we Wrocławiu” w trybie przetargu nieograniczonego, którego prowadzone ogłoszenie zostało w dniu 28 czerwca 2023 r., znak ZZP.360.11.2023 i zakończyło się wyborem najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sp. z o.o. (...)

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający przeprowadzając dwa pierwsze zamówienia w kwietniu 2022 r. nie był zobowiązany poprzedzenia usługi projektowania architektonicznego konkursem z uwagi na wyłączenie, o którym mowa w art. 325 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP, tj. gdy wartość zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego jest mniejsza niż progi unijne. Jak wskazano na wstępie, z uwagi na dwa następujące po sobie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający dokonał ponownego oszacowania zamówienia i następnie ogłosił w dniu 11 listopada 2022 r. trzecie postępowanie o zamówienie publiczne w progach unijnych, znak ZZP.360.23.2022, w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 153 pkt 2 ustawy PZP. Z uwagi jednak na niespełnienie przez wykonawców minimalnych wymogów, również to postępowanie zostało unieważnione.

Niemniej wskazać należy, iż Zamawiający poprzedził procedurę przetargową zakończoną podpisaniem z wykonawcą Sp. z o.o. umowy na „Opracowanie dokumentacji

projektowej dla zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej na osiedlu Brochów przy ulicy Mościckiego we Wrocławiu” procedurą wyłonienia wykonawcy w trybie negocjacji z ogłoszeniem, co pozostaje w zgodzie z art. 325 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP.

Przepis art. 132 ustawy PZP nie ustanawia ograniczeń dla stosowania trybu przetargu nieograniczonego. Nie wyłącza tej możliwości też art. 325 ust. 2 ustawy PZP, a wskazuje jedynie na „poprzedzenie” zamówienia konkursem. Ustawodawca nie wskazał też, że powierzenie prac architektonicznych może nastąpić wyłącznie w wyniku konkursu. Założenie takie czyniłoby bezcelowym wyłączenie, o którym mowa w art. 325 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP – w każdym bowiem przypadku w wyniku konkursu musiałoby dojść do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki – taki tryb generuje natomiast charakter nagród w przypadku, gdy zamówienie jest udzielane w wyniku konkursu. Ustawodawca ponadto założył, że nagrodą w konkursie może być również nagroda pieniężna. Zamawiający dokonał wyboru najbardziej konkurencyjnej i przejrzystej procedury wyłonienia wykonawcy prac projektowych – tj. przetargu nieograniczonego, za czym przemawia wielkość i charakter inwestycji. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Intencją Zamawiającego było zagwarantowanie jak największej konkurencyjności i dostępu do zamówienia dla wykonawców. Przetarg nieograniczony w sposób najpełniejszy realizuje zasadę konkurencyjności w zamówieniach publicznych. Dzięki temu, że w postępowaniu może uczestniczyć nieograniczony krąg potencjalnych wykonawców, podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia, konkurują między sobą, proponując zamawiającemu oczekiwany przez niego przedmiot zamówienia przy zapewnieniu najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny. (...)

Wobec powyższego należy wskazać, iż zgodnie z art. 325 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, zamówienie takie poprzedzone jest konkursem. Jednocześnie w świetle art. 325 ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera element definicyjny konkursu – konkurs zmierza do wyboru pracy konkursowej o charakterze twórczym. Poprzez „charakter twórczy pracy” należy rozumieć subiektywnie nowy wytwór intelektu⁴. Rozwiązania zawarte w pracy konkursowej powinny odróżniać się od innych rezultatów tego samego działania. Usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego nie muszą być poprzedzone konkursem, jeśli z uwagi na specyfikę planowanych zamówień nie występuje w nich element twórczości. Zatem, jeżeli przedmiotem zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub architektoniczno-budowlanego jest projekt pozbawiony istotnych elementów twórczych, przenoszący jedynie koncepcję architektoniczną wykonaną własnymi siłami przez zamawiającego na język techniczny – obowiązek poprzedzenia takiego

⁴ Zob.: System Prawa Prywatnego, t. 13 Prawo autorskie, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, s. 9 i dalsze.

zamówienia konkursem nie musi wystąpić⁵. Trudno bowiem ocenić, co w takiej sytuacji miałyby być przedmiotem pracy konkursowej.

Ponadto, w myśl art. 325 ust. 3 ustawy Pzp, obligatoryjność przeprowadzenia konkursu w przypadku zamówień na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego o charakterze twórczym zostaje zniesiona w przypadku zamówień:

- 1) udzielanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki,
- 2) wartościach mniejszych niż progi unijne,
- 3) których przedmiotem jest obiekt liniowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż przedmiotem zamówienia było opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania pn. Budowa zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej z usługami w parterze, garażem podziemnym, zagospodarowaniem terenu, niezbędną infrastrukturą techniczną i przyłączeniem do sieci miejskich, na terenie działki nr 5/5, AM-17, obręb Brochów wraz z zagospodarowaniem skweru zieleni na działkach nr 5/1, 5/2, AM-17, obręb Brochów we Wrocławiu, oraz robotami towarzyszącymi na sąsiednich działkach drogowych.

Jednocześnie, w pkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ wskazano: *W ramach zamówienia należy opracować: koncepcję wraz z szacunkowym kosztem inwestycji, projekt budowlany i wykonawczy, STWiORB, przedmiary robót i kosztorysy inwestorskie, inne opracowania niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy oraz uzyskanie ostatecznej decyzji udzielającej pozwolenia na budowę. (...)*

Dokumentację należy opracować w formie projektu budowlanego (w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę), projektów wykonawczych, STWiORB oraz części kosztowej (przedmiary robót i kosztorysy inwestorskie) na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego koncepcji inwestycji.

Ponadto, podkreślono, iż Wykonawca będzie zobowiązany do przeniesienia *praw autorskich do powstałych Utworów w zakresie opisanym we Wzorze umowy.*

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż w niniejszym przypadku przedmiot zamówienia stanowił usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego o charakterze twórczym, zatem Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury konkursowej, z uwzględnieniem art. 325 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie, nie zostały spełnione żadne przesłanki przewidziane w ww. przepisie,

⁵ Por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 922.

tj. przedmiotowe postępowanie o wartości przekraczającej progi unijne zostało przeprowadzone w procedurze przetargu nieograniczonego, a przedmiot zamówienia nie stanowił obiektu liniowego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, lecz opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej z usługami.

Jednocześnie, odnosząc się do wyjaśnień Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2024 r. należy wskazać, iż wcześniej unieważnione procedury przetargowe, nawet jeżeli były przeprowadzone zgodnie z ustawą Pzp, nie uzasadniają zastosowania trybu przetargu nieograniczonego do udzielenia przedmiotowego zamówienia. Stanowisko Zamawiającego, iż *poprzedził procedurę przetargową zakończoną podpisaniem z wykonawcą Sp. z o.o. umowy na „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej na osiedlu Brochów przy ulicy Mościckiego we Wrocławiu” procedurą wyłonienia wykonawcy w trybie negocjacji z ogłoszeniem, co pozostaje w zgodzie z art. 325 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP – należy uznać za niezrozumiałe*. Art. 325 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającym udzielenie danego zamówienia w jednym z trybów negocjacyjnych, zamiast przeprowadzenia procedury konkursowej. Zatem, udzielenie zamówienia musi nastąpić w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, a nie w dowolnym trybie po unieważnieniu postępowania przeprowadzonego w jednym z trybów negocjacyjnych.

Również, pilna potrzeba udzielenia zamówienia w związku z zapisami umowy zawartej z Ministerstwem Rozwoju i Technologii w sprawie dofinansowania ww. przedsięwzięcia nie uzasadnia naruszenia art. 325 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia konkursu w przypadku zamiaru udzielenia zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego.

Natomiast, w zakresie możliwości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, przy planowanym udzieleniu zamówienia mającego za przedmiot usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego o charakterze twórczym, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, przesądza treść art. 325 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, ustawa Pzp może zawierać pewne ograniczenia co do zastosowania ww. trybu. Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 326 ustawy Pzp, w konkursie nagrodą jest: nagroda pieniężna lub rzeczowa przyznawana autorowi lub autorom wybranych prac konkursowych albo zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową. Zatem, w przypadku nagrody, o której mowa w art. 326 pkt 1 ustawy Pzp, będzie możliwe udzielenie zamówienia po przeprowadzeniu

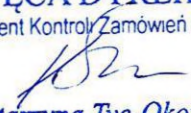
przetargu nieograniczonego, w oparciu o koncepcję i dokumentację zawartą w wybranej pracy konkursowej, gdyż przedmiot zamówienia w tym postępowaniu nie będzie miał już charakteru twórczego. Jeżeli bowiem przedmiotem zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub architektoniczno-budowlanego jest projekt pozbawiony istotnych elementów twórczych, przenoszący jedynie wcześniej wykonaną koncepcję architektoniczną na język techniczny, nie będzie miał zastosowania art. 325 ust. 2 w zw. z art. 325 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże, w każdym przypadku gdy zamówieniem będą usługi projektowania architektonicznego lub architektoniczno-budowlanego o charakterze twórczym, jak w przedmiotowej sprawie, Zamawiający będzie zobowiązany do przeprowadzenia procedury konkursowej, z wyjątkiem przypadków wymienionych w art. 325 ust. 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 325 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia konkursu w przypadku zamiaru udzielenia zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego o charakterze twórczym.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

ZASTĘPCA DYREKTORA
Departament Kontroli Zamówień Publicznych


Katarzyna Tyc-Okońska

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych

