

Sygn. akt: KIO 3466/22

KIO 3477/22

KIO 3490/22

WYROK

z dnia 13 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Członkowie: Ernest Klauziński

Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3466/22), wykonawcę ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3477/22) oraz wykonawcę MGGP S. A. z siedzibą w Tarnowie (sygn. akt: KIO 3490/22), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3466/22 po stronie zamawiającego,
- MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3477/22 po stronie odwołującego,
- INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3477/22, KIO 3490/22 po stronie zamawiającego,
- ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3490/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. W sprawie o sygn. akt: KIO 3466/22:

- a. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 3,
- b. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1,
- c. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
- d. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego TPF Sp. z o. o. 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,
- e. Zasądza od odwołującego TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

2. W sprawie o sygn. akt: KIO 3477/22:

- a. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2,
- b. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych,
- c. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie 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,
- d. Zasądza od wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz odwołującego ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez

odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

3. W sprawie o sygn. akt: KIO 3490/22:

- a. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami od 1 do 3 oraz 10 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych,
- b. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
- c. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 6/10 odwołującego MGGP S. A. z siedzibą w Tarnowie oraz w 4/10 wykonawcę INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie 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,
- d. Zasądza od wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz odwołującego MGGP S. A. z siedzibą w Tarnowie kwotę 6 000 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy złotych, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego,
- e. W pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
.....
.....

Sygn. akt: KIO 3466/22

KIO 3477/22

KIO 3490/22

Uzasadnienie

Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadania Inwestycyjnego pn. Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Warszawa Zachodnia – CPK – Łódź Niciarniana (bez odcinka w obrębie Węzła kolejowego CPK), w podziale na 2 Części (numer: 8/22/MZ/PZP/583/UW/IK/1).

Zamówienie to stanowi zamówienie wykonawcze nr 1 do umowy ramowej (nr postępowania ramowego: 61/21/MZ/PZP/424).

Zaproszenie do udziału w postępowaniu wykonawczym nr 1 zostało przekazane 16 września 2022 r. wykonawcom będącym stroną zawartej umowy ramowej (nr URIK/1-20/KRI/22 zawarta 21 lipca 2022 r.) za pośrednictwem Platformy Zakupowej.

W dniu 27 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej wpłynęły odwołania wykonawcy TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3466/22), wykonawcy ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3477/22) oraz wykonawcy MGGP S. A. z siedzibą w Tarnowie (sygn. akt: KIO 3490/22).

Sygn. akt KIO 3466/22

TPF Sp. z o. o., dalej jako: „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części nr 2, kwestionując następujące czynności Zamawiającego: czynność wyboru oferty Wykonawcy DTŚ S.A. jako najkorzystniejszej, zaniechanie czynności odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez DTŚ dokumentów wyszczególnionych w treści odwołania, zaniechanie czynności odrzucenia oferty DTŚ, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie odrzucenia oferty KOLMEN Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 – 3 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Ustawy PZP poprzez zaniechanie

odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez DTŚ jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów:

a) WYJAŚNIENIA DTŚ_CZĘŚĆ STANOWIĄCA TAJEMNICĘ

PRZEDSIĘBIORSTWA-sig.pdf – w zakresie utajnienia limitów przyjętych km dla przyjętych środków transportu oraz wyliczeń kosztów biura – str. 22 - 23 dokumentu;

b) Załącznika nr 2 – Oświadczenia kadry stanowiącego załącznik do w/w wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

c) Załącznika 3A i 3B do wyjaśnień RNC – szczegółowa wycena utrzymania środków transportu;

d) Załącznika nr 6 do wyjaśnień RNC – Przykładowa oferta na świadczenie usług geodezyjnych;

e) Załącznika nr 9 do wyjaśnień RNC – Przykładowa oferta usług weryfikacji dokumentacji projektowej;

f) Załącznika nr 10 do wyjaśnień RNC – Przykładowa oferty podwykonawców;

g) Załącznika nr 11 do wyjaśnień RNC – wyliczenia kosztów biura;

2. zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 1 – Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP i w związku z art. 16 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DTŚ, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez DTŚ i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP i w związku z art. 16 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KOLMEN, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez KOLMEN i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez DTŚ dokumentów wskazanych w odwołaniu, odrzucenia oferty wykonawcy DTŚ, odrzucenia oferty wykonawcy KOLMEN, ponowną ocenę ofert.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zarzut nr 1

W zakresie zarzutu nr 1, Odwołujący przede wszystkim wskazał na prymat zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zakaz obejmowania tajemnicą całych dokumentów. Tymczasem DTŚ objął całe dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa – co jest oczywistym naruszeniem zasady jawności postępowania. Zamawiający przy ocenie ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zastosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków.

Dla uzasadnienia swojego stanowiska w tym zakresie Odwołujący powołał bogate orzecznictwo SO w Warszawie, jak i Krajowej Izby Odwoławczej: np. Wyrok SO w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku (sygn. akt XXIII Zs 53/21), Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 roku (sygn. akt XXIII Zs 133/21), Wyrok KIO z dnia 11 marca 2022r. (sygn. akt KIO 503/22), Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2021r. (sygn. akt KIO 3582/21), Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2020r. (sygn. akt KIO 539/20), Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2019r. (KIO 2263/19), Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2019r. (sygn. akt KIO 260/19), Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2018r. (sygn. akt KIO 2222/18), Wyrok KIO z dnia 21 maja 2018r. (sygn. akt KIO 875/18).

Jak kontynuował Odwołujący każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z obowiązkiem przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów – to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego DTŚ nie wykazał spełnienia się wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dalej Odwołujący podkreślił, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów – jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Jeśli nawet niektóre części danego dokumentu są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce – to nie uzasadnia to zastrzeżenia całości dokumentów (powołał wyrok KIO z dnia 24 lutego 2017 r. KIO 242/17 i KIO 258/17).

Odwołujący dodał, iż wykonawca DTŚ – zastrzegając informacje zawarte w załącznikach jako tajemnica przedsiębiorstwa – miał obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej. Stanowisko takie wynika z rozumienia pojęcia „wykazać” użytego przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 PZP. Wykładnia językowa w pełni potwierdza słuszność stanowiska Odwołującego. „Wykazać” to co najmniej przedstawić coś w sposób przekonujący (wyrok KIO o sygn. akt 500/21, wyrok SO w Warszawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21).

Odwołujący dodał także, że również linia orzecznicza KIO jest zgodna ze stanowiskiem odwołania, co poparcie czego powołał następujący sygnatury spraw: KIO 506/21, KIO 320/21, KIO 1975/20, KIO 3278/20, KIO 3227/20, KIO 2781/20, KIO 2290/20, KIO 1692/20, KIO 822/20.

Kontynuując argumentację dla postawionego zarzutu Odwołujący podkreślił, że DTŚ dla żadnej z zastrzeganych informacji nie podało wartości gospodarczej. Konieczność wykazania wartości gospodarczej jest już od dawna wskazywana zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i przez judykaturę (KIO 2123/20, KIO/KU 5/20, KIO 365/20, KIO 1791/19, KIO 1807/19, KIO 963/19, KIO 1673/18, KIO/KU 30/18, KIO 500/21, Wyrok SO w Warszawie Zs 53/21).

Dalej Odwołujący odniósł się w szczególności do kwestionowanego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując że nie wykazano wartości gospodarczej osobno dla każdej zastrzeganej informacji- jedyne sformułowania w tym zakresie, to pkt „Odnosząc się do wartości gospodarczej utajnionych informacji” na str. 2 – 3 uzasadnienia. W pkt tym zawarto same ogólniki typu „informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż wpływają na wartość przedsiębiorstwa”. DTŚ nie podał żadnych kwot, nie odniósł się do żadnej konkretnej wartości. Nie przedstawiono również osobnego uzasadnienia dla każdej zastrzeganej informacji, w szczególności nie podano uzasadnienia dla zastrzeżenia w całości załączników.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, informacje objęte zastrzeżeniem nie mogą skutecznie zostać zastrzeżone, gdyż nie mieszczą się w zakresie informacji, które mogą być tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący odniósł się również w szczególności do poszczególnych dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę DTŚ, uzasadniając postawiony przez siebie zarzut.

Zarzut nr 2

W zakresie zarzutu nr 2, Odwołujący wskazał, że zarzut 2 powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości dokumentów stanowiących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – zgodnie z Zarzutem 1, ponieważ Odwołującemu nie

udostępniono ani jednego wyliczenia lub kalkulacji składającej się na cenę ofertową wykonawcy DTŚ.

Jak kontynuował Odwołujący, pomimo braku udostępnienia wyliczeń, zdaniem Odwołującego DTŚ nie uwzględnił w cenie oferty co najmniej takich elementów jak: koszty poz. .1.1 Biuro Inżyniera Kontraktu oraz 1.6 Biuro Zamawiającego, koszty zapewnienia wymaganego ubezpieczenia oraz gwarancji należytego wykonania umowy, koszty zapewnienia wymaganych do należytej realizacji usługi środków transportu. Odwołujący odniósł się również do poszczególnych kwestionowanych pozycji.

Jak wskazywał, w odniesieniu do kosztów biura inżyniera kontraktu oraz biura zamawiającego, zgodnie z postanowieniami SWZ powinno ono odpowiadać licznym wymogom stawianym przez przepisy prawa (punkt 2.2.5 załącznika nr 1 do SWZ Tom 2).

Aby zapewnić biuro spełniające poszczególne wymogi należy dokonać analizy wytycznych w zakresie przepisów jak również wziąć pod uwagę liczbę personelu, który w przedmiotowym biurze będzie stale przebywał.

Odwołujący wskazał, że w przeliczeniu na jedną osobę powinno przypadać ok 5m² powierzchni biurowej pracy oraz najmniej 2m² powierzchni biurowej podłogi. Tak więc dla komfortu stanowiska pracy należy przyjąć dla jednego pracownika 7m² powierzchni roboczej. Należy również pamiętać, że nie jest to jedyna wymagana powierzchnia w ramach biura. Należy również uwzględnić co najmniej: - co najmniej 2 m² na osobę na salę konferencyjną; - 1 m² na dodatkową powierzchnię np. dla projektantów na weryfikację i wyjaśnianie rysunków w przypadku dokumentacji papierowych; - 2 m² na inny rodzaj monitora/ekranu(1 m² w przypadku monitora płaskiego). Prowadzi to do wniosku, że absolutnym minimum jest 9m² powierzchni na jednego pracownika.

Podkreślił, że łącznie w biurze przebywać będzie 52 osoby.

Podsumowując - aby biuro wypełniało przepisy i zapewniało optymalną pracę, musi mieć co około 450 – 470 m² (w zależności od układu części sanitarnych i ciągów komunikacyjnych i Sali konferencyjnej). Tymczasem DTŚ w swoich wyjaśnieniach przedstawił oferty wynajmu biur o powierzchni od 271 m² do 300 m², co dla realizacji w/w usługi jest nie wystarczające oraz nie spełniające wskazanych wyżej wymagań. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący w ofercie nr 2 wyszczególnione są koszty jakie ponosił w danym biurze wcześniejszy wynajmujący co można w prosty sposób porównać z kalkulacją DTŚ. W tym przypadku to kwota 4 240 zł netto plus koszt wynajmu 8 400,00 PLN. Należy pamiętać że w danej pozycji to nie jedyne koszty. Należy również uwzględnić bieżące inne wydatki biura, platformę CDE, sprzątnięcie, środki administracyjne itp. które w opinii Odwołującego również są niedoszacowane.

Odnosząc się do przyjętej przez DTŚ kwoty 8 590,00 PLN niedoszacowanie samego wynajmu bez pozostałych kosztów waha się miesięcznie w kwocie od 3 110 PLN netto do 9 410 PLN netto co stanowi od 12,44 % do 37,64% pozycji 1.1 Formularza cenowego, a więc w kontekście całej pozycji to od 174 160 PLN do 526 960 PLN.

W zakresie kosztów zapewnienia wymaganego ubezpieczenia oraz gwarancji należytego wykonania umowy Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami projektu umowy wykonawczej wykonawcy zobligowani są do posiadania odpowiedniego ubezpieczenia, tj. do posiadania polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej na kwotę co najmniej 20 000 000 oraz polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (ogólne) na kwotę co najmniej 10 000 000 PLN.

W wyjaśnieniach RNC DTŚ w zakresie posiadanego ubezpieczenia odniósł się jedynie do ubezpieczenia samego biura ale jako ubezpieczenia mienia, omawiając je przy okazji wyjaśniania pozycji kosztowej dla poz. 1.1 Biura Inżyniera „(..) natomiast koszty związane z objęciem ubezpieczeniem OC zaplecza spółki nie są konieczne do dodatkowego poniesienia gdyż stanowią część polisy OC spółki - załącznik nr 7”. Odwołujący w tym miejscu podkreśla, że przedmiotowa polisa, o ile może być uznana za ubezpieczenie mogące obejmować ubezpieczenie biura, to nie spełnia ono wymogów w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej oraz ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (ogólne). Co prawda jest to ubezpieczenie OC ogólne na wartość 10 000 000 PLN, ale nie jest zgodne z zapisami pkt. 19.13 określającego maksymalną wartość franczyzy redukcyjnej na 10 000 PLN. Wartość franczyzy redukcyjnej w polisie DTŚ wynosi 10% od 10 000 000 a więc aż 1 mln PLN. Przedmiotowa polisa nie jest również polisą odpowiedzialności zawodowej na kwotę 20 mln PLN.

Wedle powyższego DTŚ powinno być świadome, że przedmiotowy koszt będzie musiało ponieść dodatkowo i zgodnie z pkt. 10.12(3) Projektu umowy Wykonawczej koszt ten będzie musiała uwzględnić w stawkach wynagrodzenia stałego. Koszty takiej polisy mogą się wahać w kwocie 40 000 – 70 000 PLN rocznie, co dla realizacji usługi trwającej 77 miesięcy daje co najmniej 250 000 PLN, a więc 17,85% pozycji 1.1 Biuro Inżyniera Kontraktu.

W zakresie kosztów zapewnienia wymaganych do należytej realizacji usługi środków transportu, Odwołujący wskazał, że wykonawca do sprawnej obsługi przedmiotowej inwestycji dla 52 osób przeznaczył 5 środków transportu, które będą przejeżdżać w ciągu miesiąca utajnioną liczbę kilometrów. Na środki transportu zgodnie z pozycją 1.2 Formularza Ofertowego Wykonawca przeznaczył 15 000 zł netto. Nie wiadomo jednak, jakie koszty (oprócz samego uwzględnienia 5 aut których jest w posiadaniu) w ramach danej pozycji się znajdują. Już samo przyjęcie tak małej liczby aut dla tak rozległej inwestycji świadczy już o

złym sposobie kalkulacji, który może również potwierdzić zbyt mała liczba przyjętych przejechanych przez auto kilometrów w ramach inwestycji.

Zdaniem Odwołującego nie ma możliwości przy takiej usłudze, aby ponad 50 osób dzieliło się 5 autami, jeździło razem po budowie lub nawet na zmianę. Już samo przyjęcie 5 aut stanowi co najmniej dwukrotne niedoszacowanie ich liczby, ale również założenie zbyt małej liczby przejechanych kilometrów świadczy o niepoprawnej kalkulacji ceny. Zdaniem Odwołującego założenia wykonawcy DTŚ winny obejmować nie 5, ale 10 samochodów (auta dla 52 osób, które codziennie mają nadzorować realizację robót budowlanych) – a tym samym powinny być co najmniej podwojone w zakresie: kosztów paliwa, Polis OC i AC, jeśli zostały w ogóle wykazane, kosztów napraw, zmiany i zakupu opon. W opinii odwołującego DTŚ ani nie ujął tych kosztów w utajnionym załączniku, ani też nie posiada w danej pozycji rezerwy mogącej pokryć przedmiotowe wydatki.

Zarzut nr 3

Odwołujący przedstawił również argumentację dla zarzutu nr 3 dotyczącego zaniechań Zamawiającego w stosunku do wykonawcy KOLMEN.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 9 stycznia 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Firmy Menadżersko-Konsultingowej KOLMEN Sp. z o. o. z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie złożył wystarczających wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający dodatkowo wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Uzasadniając stanowisko w przedmiocie odrzucenia odwołania Zamawiający zwrócił uwagę, że w dniu 25 listopada 2022 r. Zamawiający zakończył badanie tajemnicy w wyjaśnieniach RNC składanych przez Wykonawców i informację taką przekazał Wykonawcom, którym odtajniono w całości lub w części wyjaśnienia (w tym DTŚ). W dniu 28 listopada 2022 r. Zamawiający przekazał pozostałym Wykonawcom pismo, w którym informował o zakończeniu badania kwestii zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców. Jednocześnie poinformował Wykonawców o możliwości zawnioskowania o dostęp do odtajnionych informacji już po uprawomocnieniu się decyzji o odtajnieniu.

W ocenie Zamawiającego na obecnym etapie Postępowania zarzut odnoszący się do nieodtajnionych przez Zamawiającego informacji lub dokumentów stanowiących element wyjaśnień RNC złożonych przez DTŚ należy uznać za spóźniony.

Jak kontynuował Zamawiający, bezsporne jest, że DTŚ utajnił całość wyjaśnień RNC. Prawidłowość tej czynności zakwestionował Zamawiający odtajniasjąc wykonawcy w znakomitej części zastrzeżone dokumenty, w szczególności niemalże w całości opisową część wyjaśnień oraz część dowodów złożonych na potwierdzenie okoliczności wskazywanych w opisowej części wyjaśnień w tym kalkulacje kosztowe Wykonawcy.

Szczegółowo zakres i powody odtajnienia zostały opisane w piśmie z dnia 25 listopada 2022 r. W tym samym czasie pismo o zakończeniu badania tajemnicy zastrzeżonej w złożonych przez niego dokumentach otrzymał Odwołujący.

Dodatkowo, jak podkreślił Zamawiający, aby zamknąć etap badania tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający w dniu 28 listopada 2022 r. poinformował wszystkich pozostałych Wykonawców w tym Odwołującego o tym, że zakończył badanie tajemnicy w zakresie wyjaśnień i dokumentów złożonych przez innych wykonawców. Oczywistym celem i skutkiem przekazania tego pisma było poinformowanie Wykonawców, że po upływie 10 dni będą mogli uzyskać, o ile wykażą zainteresowanie, dokumenty częściowo odtajnione, co pozwoli im się ustosunkować chociażby poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej do zakresu utajnień. Zamawiający wyraźnie w ww. piśmie wskazał, że moment udostępnienia dokumentów będzie zależny od upływu okresu na uprawomocnienie się decyzji o odtajnieniu, a nie od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty. O tym, że treść pisma była jasna świadczy chociażby fakt, że firma MGGP wystąpiła o przekazanie odtajnionych dokumentów w dniu 6 grudnia 2022 r. i w dniu 9 grudnia 2022 r. otrzymała całość dokumentów.

Odwołujący, mimo że otrzymał pismo o zakończeniu badania tajemnicy w dniu 28 listopada 2022 r. nie wystąpił o udostępnienie wyjaśnień DTŚ. Wystąpił o wgląd do dokumentów dopiero w dniu 16 grudnia 2022 r., a złożył odwołanie w dniu 27 grudnia 2022 r. Działający z należytą starannością Wykonawca po otrzymaniu pisma z dnia 28 listopada 2022 r. powinien niezwłocznie złożyć wniosek o udostępnienie korespondencji z Wykonawcami. I wówczas od terminu udostępnienia mu dokumentów zaczyna biec termin na zaskarżenie zaniechania odtajnienia informacji w dokumentach złożonych przez wykonawcę. W przypadku zaniechania podjęcia stosownych działań termin ten liczy się od momentu, kiedy Wykonawca, gdyby działał z należytą starannością mógł takie dane pozyskać.

Jak podkreślił Zamawiający, w tym bowiem przypadku, z uwagi na wyraźne pismo Zamawiającego wskazujące na zakończenie badania oceny tajemnicy w dokumentach złożonych przez wykonawców, liczenie terminu na złożenie odwołania oparte jest o przepis art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć

wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Wymaga podkreślenia, że możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej przez wykonawców została ściśle ograniczona przez ustawodawcę terminami zawitymi, które przewidział on w celu maksymalnego skrócenia procedury odwoławczej oraz usprawnienia procesu udzielania zamówienia. Terminy te nie mogą zostać przywrócone.

Zamawiający dla poparcia swojego stanowiska wskazał na wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1817/13 oraz wyrok SO w Warszawie z dnia 28 maja 2015 r. XXIII Ga 542/15.

Zdaniem Zamawiającego powyższe przemawia za wnioskiem, że zarzut stawiany jest niemalże miesiąc po tym jak Zamawiający poinformował o zakończeniu badania zakresu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach RNC, a tym samym jest zarzutem spóźnionym.

Zamawiający przedstawił również argumentacją uzasadniającą oddalenie przedmiotowego zarzutu, w razie nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o jego odrzucenie.

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że dokumentacja postępowania nie formułuje jakichkolwiek wymogów co do minimalnej powierzchni lokalu biurowego. Odwołujący natomiast określa minimalną powierzchnię takiego lokalu na założeniach nieodzwierciedlających faktycznych wymogów wynikających z postanowień dokumentów zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego, w myśl Opisu przedmiotu zamówienia wykonawca „*zobowiązany jest zapewnić (np. wynająć) oraz zorganizować, wyposażyć i utrzymywać, na własny koszt (tj. w ramach wynagrodzenia umownego) biuro na potrzeby wykonywania przez Personel Inżyniera Kontraktu oraz Personel Biurowy i Pomocniczy czynności związanych z realizacją Przedmiotu Zamówienia*”. Przedmiotowe postanowienia wskazuje wyłącznie na obowiązek utrzymywania biura na potrzeby wykonywania zadań przez personel. Jednocześnie żadne z postanowień dokumentów zamówienia nie wskazuje, którzy z członków personelu i czy w ogóle mają obowiązek przebywania w biurze przez cały okres realizacji zamówienia. Wykonawca nadinterpretuje postanowienia dokumentów zamówienia, błędnie przyjmując na str. 27 odwołania, że „Łącznie w biurze będzie przebywać 52 osoby”.

Postanowienie OPZ iż „*Głównym miejscem wykonywania Usług przez Personel Inżyniera Kontraktu będzie Teren Budowy oraz Biuro Inżyniera Kontraktu*”, nie może być utożsamiane z obowiązkiem zapewnienia lokalu biurowego dla całego personelu inżyniera kontraktu, do którego choćby nawiązuje treść OPZ.

Zamawiający podkreślił również, że nieuzasadnione jest założenie jakoby wykonawca zobowiązany był zapewnić powierzchnię biurową dopowiadającą normom właściwym dla

osób zatrudnionych w ramach stosunku pracy dla 52 osób. Obowiązek zatrudnienia wszystkich członków personelu na podstawie umowy o pracę nie wynika z dokumentów zamówienia. Zwrócił również uwagę na pytanie do SWZ nr 37, w odpowiedzi na które Zamawiający dopuścił by określone kategorie personelu, po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego, świadczyły pracę poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy, a także, że uzasadnionych przypadkach Zamawiający może wyrazić zgodę na pracę poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy dla osób niewymienionych powyżej.

Zgodnie z powyższym, Zamawiający wprost dopuścił wykonywanie czynności poza biurem inżyniera kontraktu poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (łącznie 11 osób wymienionych w pkt. 2.2.3 pkt. 1-11 OPZ), oraz 12 innych osób wymienionych w wyżej cytowanej odpowiedzi na pytanie tiret 2-13. Stosownie do ww. odpowiedzi, obowiązek pracy w biurze nie dotyczy zatem 23 osób spośród personelu. Pozostałe osoby wykonujące zamówienie mogą (lecz nie muszą) przebywać na określonej przez wykonawcę powierzchni biurowej. Część – lub nawet większość – tych osób mogą stanowić pracownicy podwykonawców (w przedmiotowym postępowaniu podwykonawstwo dopuszczono bez ograniczeń) i realizować zadania w biurze podwykonawcy. Nie sposób zatem przyjąć z góry założenia, iż zgodnie z warunkami zamówienia 52 osoby muszą przebywać jednocześnie w biurze wykonawcy. Koszt wynajmu lokalu biurowego został potwierdzony ofertami najmu (lokale od 2171 do 300 m kw. DTŚ potwierdził więc możliwość uzyskania ceny za 1 m² powierzchni najmu zgodnie z założeniami przyjętymi przez wykonawcę). Koszt najmu lokalu został zatem przez wykonawcę udowodniony.

W kwestii ubezpieczenia i gwarancji należytego wykonania umowy, Zamawiający wskazał, że w kosztach stałych dla zadania podstawowego wykonawca DTŚ wskazał rezerwę na poziomie 26% (1 792 041,23 zł). W związku z powyższym Zamawiający uznał, że w ramach tak znacznej rezerwy wykonawca ten przewidział koszty zapewnienia wymaganego ubezpieczenia oraz gwarancji należytego wykonania umowy.

Zamawiający dodał, że dokumentach zamówienia brak jest wymogów dotyczących minimalnej liczby samochodów. Odwołujący nie wskazuje jednocześnie, na jakich wymogach dokumentacji postępowania opiera założenie o konieczności zapewnienia 10 samochodów. W tym zakresie odwołujący powołuje się na konieczność korzystania z aut przez 52 osoby (s. 30 odwołania), co nie znajduje uzasadnienia w wymaganiach OPZ. Wykonawca błędnie również utożsamia wymóg „prowadzenia stałych inspekcji na Terenie Budowy” (OPZ-W1 pkt 4.7) z koniecznością codziennych inspekcji (s. 32 odwołania). Przedmiotowy zarzut w odniesieniu do ww. podstawy faktycznej należy na ten moment traktować jako całkowicie gołosłowny.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 10 stycznia 2023 r. stanowisko w sprawie zajął również wykonawca DTŚ S.A., dalej jako: „Przystępujący”, wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1, względnie o oddalenie odwołania w zakresie w jakim dotyczy ono Przystępującego.

W ocenie Przystępującego co najmniej od 28 listopada 2022 r., kiedy to Zamawiający poinformował wykonawców o zakończeniu procesu badania zasadności dokonanego przez poszczególnych wykonawców zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący miał możliwość zawnioskowania o udostępnienie mu wyjaśnień ceny DTS, jednak uczynił to dopiero w dniu 16 grudnia 2022 r. Odwołanie wniesione więc w dniu 27 grudnia 2022 r. i zawarte w nim zarzuty odnoszące się do oceny zastrzeżenia przez DTS określonych informacji jako tajemnicę jej przedsiębiorstwa uznać więc należy za spóźnione.

Przystępujący przedstawił również argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu oraz zarzutu nr 2.

Sygn. akt: KIO 3477/22

ECM Group Polska S.A., dalej jako: „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części nr 1 kwestionując następujące czynności Zamawiającego: wybór oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia wykonawcy INKO Consulting Sp. z o. o. oraz odrzucenia jego oferty, zaniechania wezwania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów.

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez ich nie zastosowanie i zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu INKO oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu poprzez zatajenie informacji na temat wcześniejszych wykluczeń z postępowań z powodu podania nieprawdziwych informacji,

ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności w razie nieuwzględnienia zarzutu nr 1

2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie i zaniechanie skierowania wezwania do uzupełnienia dokumentów tj. Wykazu Ekspertów Kluczowych poprzez wskazanie w wykazie osoby J. J. – Z. na stanowisko Głównego specjalisty ds.

roszczeń lub uzupełnienie wykazu poprzez opis wiedzy i doświadczenia dla nowej osoby tj. K. K. wskazanej na stanowisko głównego specjalisty ds. roszczeń w Załączniku nr 5 do SWZ-W, w sytuacji, gdy na etapie postępowania w celu zawarcia umowy wykonawczej, INKO dokonało zmiany osoby na to stanowisko, a osoba ta winna spełniać warunek wiedzy i doświadczenia wskazany w SWZ-R.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty, wykluczenie wykonawcy INKO i odrzucenie jego oferty, względnie wezwanie do uzupełnienia wykazu osób w zakresie opisu wiedzy i doświadczenia dla osoby wskazanej na stanowisko głównego specjalisty ds. roszczeń.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w SWZ przewidział fakultatywne podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP.

Następnie Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 22.11.2022r., Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wykluczył z udziału w postępowaniu i odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: INKO Consulting sp. z o.o. i MP Consulting sp. z o.o. w postępowaniu pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyśle, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II.”

Wskazane wyżej Konsorcjum wniosło odwołanie w tej sprawie, które wyrokiem z dnia 12.12.2022r. w sprawie sygn. akt KIO 3180/22 zostało oddalone.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty w ww. postępowaniu, z którego wynika, iż wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w dokumencie wyjaśnienia do JEDZ złożonym w dniu 09.08.2022r. Konsorcjum to wskazało w dokumencie JEDZ w Części III lit C („PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW W WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI), iż „nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji”, co stało w sprzeczności z posiadanymi przez ówczesnego Zamawiającego informacjami oraz wyjaśnieniami Konsorcjum złożonymi do JEDZ.

Jak dalej wskazane zostało w ww. decyzji: Wskazać bowiem należy, że Konsorcjum INKO brało udział w dwóch postępowaniach pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyśle, w km

243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II.” Pierwsze postępowanie początkowo zakończyło się wyborem Konsorcjum INKO, która to czynność została zaskarżona przez innego wykonawcę tj. SAFEGE S.A.S. PKP PLK S.A. uwzględniła przedmiotowe odwołanie a Konsorcjum INKO nie wniosło sprzeciwu wobec uwzględnienia. Wobec tych okoliczności, PKP PLK S.A. pismem z dnia 07.04.2022r. unieważniła postępowania i wykluczyła Konsorcjum INKO z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji.

Decyzję tę zaskarżyło Konsorcjum INKO, ale Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 27.04.2022r. w sprawie sygn. akt KIO 1049/22 odrzuciła przedmiotowe odwołanie na podstawie art. 527 i 528 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym wykluczenie Konsorcjum INKO z powodu podania nieprawdziwych informacji w pierwszym z postępowań dot. „Pełnienia nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II.” Stała się prawomocna. Jak wskazała bowiem PKP PLK S.A. w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu z drugiego postępowania dot. „Pełnienia nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II.”, Konsorcjum INKO wprawdzie wniosło skargę do sądu na to orzeczenie, ale nie dokonało opłaty sądowej, jak również nie zaskarżyło postanowienia w sprawie KIO 868/22, co w zasadzie czyni spór w wyniku skargi na orzeczenie w sprawie KIO 1049/22 bezprzedmiotowym. Mając na uwadze powyższe, PKP PLK S.A. pismem z dnia 22.11.2022r. dokonała kolejnego wykluczenia INKO z drugiego postępowania na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II.” Z powodu podania informacji wprowadzających w błąd.

Jak podsumował Odwołujący, stwierdzić należy, że INKO będąc członkiem Konsorcjum, co najmniej dwukrotnie została wykluczona z udziału w postępowaniach prowadzonych przez PKP PLK S.A. z powodu podania nieprawdziwych informacji, co zostało potwierdzone orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach KIO 868/22, KIO 1049/22 i KIO 3180/22. Przenosząc powyższe na grunt postępowania w sprawie zawarcia umowy wykonawczej, wskazać należy, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, INKO winno w składanym oświadczeniu na temat podstaw wykluczenia zaznaczyć odpowiedź, że podlega

wykluczeniu i ewentualnie wskazać na działania naprawcze, czego nie uczyniła. Zamawiający w sposób jednoznaczny w SWZ-W w rozdziale V wskazywał na tę okoliczność.

Brak podania jakichkolwiek informacji przez INKO w tym zakresie, nawet jeżeli nie zgadzała się z dokonanymi wykluczeniami, spowodował, że Zamawiający został pozbawiony szansy oceny, czy wobec tego wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia. W sposób oczywisty, INKO zataiła te informacje, co spowodowało, że Zamawiający dokonał wyboru tej oferty. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nawet w sytuacji, gdy wykonawca nie zgadza się z wcześniejszymi wykluczeniami i kwestionuje podstawy wykluczenia, jest on zobowiązany do przedstawienia rzetelnych informacji na temat wcześniejszych zdarzeń, gdyż to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to do niego należy ocena, czy faktycznie zaistniały przesłanki wykluczenia, czy też nie.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, zarzut zaniechania wykluczenia INKO i odrzucenia jego oferty należy uznać za zasadny.

Odwołujący przedstawił również stosowną argumentację w zakresie zarzutu nr 2.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 9 stycznia 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia tej oferty zgodnie z zarzutem przedstawionym we wniesionym odwołaniu.

Zamawiający dodał, że zarzut wskazany w odwołaniu ECM jako zarzut drugi (ewentualny) nie jest uwzględniany oraz przedstawił stosowną argumentację na odparcie twierdzeń Odwołującego.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 9 stycznia 2023 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca INKO Consulting Sp. z o. o., dalej jako: „Przystępujący” wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący zwrócił uwagę, że powoływane w odwołaniu czynności dokonane przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. oparte są u swej podstawy na realnie identycznych podstawach faktycznych co kwestie rozważane z udziałem Przystępującego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r. do sygn. KIO 866/22 (w szczególności str. 75 – 80 uzasadnienia).

Przystępujący wskazał, że uzasadnienie odwołania opiera się na:

- zignorowaniu i całkowitym przemilczeniu prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r., wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. 866/22 i 886/22), która wyczerpująco oceniła w odniesieniu do Przystępującego identyczne przesłanki jak te, które stały się realnie podstawą wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (czynność PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 7 kwietnia 2022 r.), przy czym kolejne wykluczenie przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (czynność z 22 listopada 2022 r.) opiera się w swej treści na czynności z dnia 7 kwietnia 2022 r.
- niezgodnym z rzeczywistością i subiektywnym przedstawieniem stanu postępowań dotyczących kwestionowania czynności PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyśle, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu: pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II”), w sytuacji gdy Przystępujący złożył skargę kasacyjną (*dowód: wydruk I strony skargi kasacyjnej*), a ponadto w sprawie czynności z dnia 7 kwietnia 2022 r. nie zapadło żadne merytoryczne rozstrzygnięcia czy to Krajowej Izby Odwoławczej czy to Sądu Okręgowego, które merytorycznie podtrzymałyby argumenty PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a wyrok z dnia 19 kwietnia 2022 r., wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. 866/22 i 886/22) jest prawomocny i wykazuje w szczególności obiektywną nieprawidłowość działania PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

W ocenie Przystępującego, zgodnie z prawomocnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, obiektywnie nie istniały podstawy do wykluczenia konsorcjum z udziałem Inko Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., jak również nie istnieją związane z tym przesłanki (także w aspekcie podstawy wykluczenia), które wymagałyby, w świetle wykładni KIO z tego wyroku, ujawnienia w szczególności we właściwym JEDZ (czy analogicznym oświadczeniu).

Przystępujący powołał się ponadto na fragment uzasadnienia powoływanego wcześniej wyroku KIO.

Jak kontynuował, obiektywnie, biorąc także pod uwagę słuszne konkluzje zawarte w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r., wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. 866/22 i 886/22):

- Przystępujący w ogóle nie wprowadził w błąd Zamawiającego ani w wyniku rażącego niedbalstwa ani w wyniku zamierzonego działania ani też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa w szczególności przy przedstawieniu informacji w złożonym Jednolitym

Europejskim Dokumencie Zamówienia czy też przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,

- Nie zachodzi sytuacja obiektywnego zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 111 ust. 5 ani art. 111 ust 6 Pzp, a w szczególności Przystępujący obiektywnie nie wprowadził w błąd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ani w wyniku rażącego niedbalstwa ani w wyniku zamierzonego działania ani też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa w szczególności w treści dokumentów złożonych w dniu 08.09.2021 r.

Z powyższego wynika także, że nie istniały podstawy do wykluczenia Przystępującego w kontekście wyroku KIO 1320/20, a zatem nie istniały związane z tym przesłanki (także w aspekcie podstawy wykluczenia), które wymagałyby w świetle wykładni KIO w wyroku do sygn. KIO 866/22 ujawnienia we właściwym JEDZ czy analogicznym oświadczeniu.

Przystępujący wniósł również o oddalenie zarzutu nr 2.

Sygn. akt: KIO 3490/22

MGGP S.A., dalej jako: „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części nr 1, kwestionując następujące czynności Zamawiającego: zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o., wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez INKO oraz zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy ECM Group Polska S.A oraz odrzucenia jego oferty.

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy INKO z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten 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 co najmniej, 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 poprzez zatajenie w ofercie INKO informacji, że wykonawca ten wprowadził w błąd innego zamawiającego tj. PKP PLK S.A. w ramach wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do niepodlegania wykluczeniu z prowadzonego przez tego zamawiającego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,
2. art. 111 pkt 5) i/lub 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy INKO z Postępowania pomimo, że nie upłynęły okresy wskazane w tych przepisach,

w ciągu trwania których wykonawca który uprzednio, 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 co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane dopuścił się wprowadzenia w błąd zamawiającego lub przestawienia informacji wprowadzających w błąd, powinien podlegać wykluczeniu z postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INKO pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania, a decyzja Zamawiającego o wyborze oferty INKO została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,
4. art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ECM z Postępowania pomimo, że Wykonawca ten 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 co najmniej, 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 poprzez zatajenie w ofercie ECM, że wykonawca ten w innym postępowaniu wprowadził w błąd zamawiającego, co do warunków udziału w postępowaniu/spełnianiu dodatkowych kryteriów oceny ofert,
5. art. 111 pkt 5) i/lub 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ECM z Postępowania pomimo, że nie upłynęły okresy wskazane w tych przepisach, w ciągu trwania których wykonawca który uprzednio, 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 co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane dopuścił się wprowadzenia w błąd zamawiającego lub przestawienia

informacji wprowadzających w błąd, powinien podlegać wykluczeniu z postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego,

6. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ECM pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania,
7. art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECM, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał uwzględnienia całościowych kosztów związanych z realizacją zamówienia w poszczególnych pozycjach Formularza Ofertowego, złożonego przez tego Wykonawcę oraz zapewnienia odpowiedniego Biura Inżyniera Kontraktu,
8. art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INKO pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał zapewnienia odpowiedniego Biura Inżyniera Kontraktu,
9. art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECM z postępowania pomimo tego, że oferta ta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę,
10. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 15 grudnia 2022 r. polegającej na wyborze oferty INKO jako oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny i badania ofert, dokonanie wykluczenia INKO z Postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, dokonanie wykluczenia ECM z Postępowania oraz odrzucenia oferty ECM, ponowny wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników niniejszego postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, co następuje:

W zakresie wykluczenia wykonawcy INKO Consulting Sp. z o. o.:

Odwołujący zwrócił na następujące elementy stanu faktycznego:

- w ramach postępowania będącego przedmiotem niniejszego odwołania, w dniu 16.10.2022 r. w pkt. 15. Formularza ofertowego Wykonawca INKO potwierdził, iż w nawiązaniu do

informacji złożonych na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej, w zakresie podstaw wykluczenia określonych w SWZ-R Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu,

Tymczasem, w dniu 07.04.2022 r. inny zamawiający – PKP PLK S.A. pismem nr IREZA3.292.13.2021.e.34, w postępowaniu pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu: pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II”) – dalej postępowanie prowadzone przez PKP PLK – wykluczył z tego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. oraz MP Consulting Sp. z o.o. (dalej konsorcjum INKO) na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz odrzucił ich ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy Pzp. Zgodnie z treścią pisma informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, będące podstawą wykluczenia zostały złożone przez konsorcjum INKO w dniu 08.09.2021 r. Natomiast zgodnie z dyspozycją art. 111 pkt 5 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Decyzja o wykluczeniu konsorcjum INKO z postępowania prowadzonego przez PKP PLK S.A. nastąpiła w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego w dniu 28.03.2022 r. przez Safege S.A.S. (dalej Safege) wobec wyboru oferty konsorcjum INKO i zaniechania odrzucenia tej oferty z powodu podlegania przez konsorcjum INKO wykluczeniu z postępowania – sygn. akt KIO 868/22. Co ważne, konsorcjum INKO nie wniosło sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wykonawcy Safege uznając, iż utraciło interes występowania w przedmiotowym postępowaniu. Postanowienie o umorzeniu postępowania nie zostało także zaskarżone przez wykonawcę INKO.

Następnie, konsorcjum INKO złożyło odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 7.04.2022 r. polegającej na odrzuceniu swej oferty z związku z podleganiem wykluczeniu z postępowania – sygn. akt KIO 1049/22. Odwołanie to zostało jednak przez Izbę odrzucone.

W dniu 22.11.2022 r. wykonawca konsorcjum INKO po raz kolejny został wykluczony z postępowania pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu: pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II” w oparciu o treść art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy Pzp. W dniu 1.12.2022 r. konsorcjum INKO złożyło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od

czynności Zamawiającego z dnia 22.11.2022 r. (sygn. akt KIO 3180/22), które wyrokiem z dnia 15.12.2022 r. zostało oddalone.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, iż wykonawca INKO co najmniej na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa lub w wyniku zamierzonego działania, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, gdyż zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia związana z uprzednim wprowadzeniem innego zamawiającego w błąd. Co ważne wykonawca INKO nie skorzystał z możliwości samooczyszczenia w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Biorąc zaś pod uwagę zapisy art. 111 ustawy Pzp, zgodnie z którymi wykluczenie wykonawcy następuje: w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8 na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, tj. 08.09.2021 r. należy stwierdzić, że wykonawca INKO powinien zostać wykluczony z Postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub przynajmniej na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 111 ustawy Pzp powinien zostać wykluczony z postępowania.

W zakresie wykluczenia wykonawcy ECM Group Polska S.A.:

Jak wskazywał Odwołujący, powziął on informację, że w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego – Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. na usługę polegającą na świadczeniu usług inwestora zastępczego dla inwestycji pn.: „Budowa nowego budynku dla Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego Sp. z o.o. w Radomiu” wykonawca ECM przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje w zakresie dodatkowo punktowanego pozacenowego kryterium oceny ofert oraz warunków udziału w zakresie INRE – w odniesieniu do osoby, mającej pełnić funkcję inspektora nadzoru w branży elektrycznej, oznaczonej inicjałami KR. Oświadczenie wskazujące osobę oznaczoną inicjałami KR jako mającą pełnić funkcję przy realizacji przedmiotowego zamówienia zostało złożone w ramach wskazanego wyżej postępowania w dniu 25 listopada 2021 r. Fakt wprowadzenia zamawiającego w błąd co do właściwości (doświadczenia zawodowego) kandydata do pełnienia funkcji inspektora nadzoru branży elektrycznej/robót elektrycznych potwierdza orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 5/22).

Odwołujący dodał, że pomimo, iż na mocy przywołanego wyżej orzeczenia wykonawca ECM nie został wykluczony z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8/10 ustawy Pzp (zamawiający w opisywanym postępowaniu nie przewidział akurat tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia) to jego treść jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ECM przedstawił zamawiającemu co najmniej informacje wprowadzające w błąd, mające wpływ na wynik postępowania, a skutek takiego działania ziszcza się wobec wykonawcy

ECM przesłanka wykluczenia z postępowania wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Trzeba jednak podkreślić, że Izba w cytowanym orzeczeniu wskazywała na umyślny i świadomy charakter działania wykonawcy ECM, co wypełniałoby także przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Warto również wskazać, że Wykonawca ECM nie zaskarżył przedmiotowego orzeczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego, należy stwierdzić, iż wykonawca ECM co najmniej na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa bądź w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, gdyż zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia związana z uprzednim wprowadzeniem innego zamawiającego w błąd. Co ważne wykonawca nie skorzystał z możliwości samooczyszczenia z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Biorąc zaś pod uwagę zapisy art. 111 ustawy Pzp, zgodnie z którymi wykluczenie wykonawcy następuje: w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8 na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, a w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 10 na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia oraz datę zdarzenia – tj. 25.11.2021 r. należy stwierdzić, że wykonawca ECM powinien zostać wykluczony z Postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub przynajmniej na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 111 ustawy Pzp powinien zostać wykluczony z postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECM z postępowania pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, Odwołujący wskazywał, że oferta wykonawcy ECM jest niezgodna z pkt. 10.12 Umowy Wykonawczej stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ-W, określającej zasady kalkulacji wysokości wynagrodzenia. W dziale 1 Formularza cenowego – Wynagrodzenie Stałe uwzględnić należało wszelkie koszty związane z prawidłową realizacją usługi w zakresie administracyjnej i organizacyjnej obsługi kontraktu, natomiast w dziale 2 Formularza cenowego – Wynagrodzenie Zmienne uwzględnić należało wszelkie koszty związane z zatrudnieniem członków Personelu Inżyniera Kontraktu oraz z obsługą badań i pomiarów kontrolnych.

Tymczasem, Wykonawca ECM nie uwzględnił w Dziale 1 Formularza ofertowego wszystkich kosztów w zakresie administracyjnej oraz organizacyjnej obsługi kontraktu, co bezpośrednio zostało potwierdzone w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny z dnia 08.11.2022 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.10.2022 r., zwłaszcza w punkcie V.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz treść pkt. 10.12 Umowy Wykonawca ECM w sposób niezgodny z warunkami zamówienia „przerzucił” koszty związane z administracyjną i

organizacyjną obsługą kontraktu (jak np. koszt Gwarancji Należytego Wykonania Usługi, czy Ubezpieczenia) do Działu 2 Formularza Cenowego.

Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, oferta wykonawcy ECM jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie pozycji 1.1. Biuro Inżyniera Kontraktu.

Odwołujący przedstawił okoliczności, które jego zdaniem uprawniają do wysnucia wniosku, że na potrzeby realizacji zamówienia Wykonawca będzie musiał zapewnić pomieszczenie o powierzchni co najmniej 350 m². Odwołujący podkreślił, iż jest to minimalna powierzchnia wynajmu lokalu z przeznaczeniem do pracy biurowej dla tak dużej ilości osób. Bazując na doświadczeniu własnym w realizacji zadań o podobnym stopniu złożoności i wielkości, w celu zapewnienia optymalnych i wygodnych warunków pracy dla tak licznego zespołu Wykonawca powinien zapewnić biuro o powierzchni ok. 450m².

Tymczasem, w złożonych w dniu 8.11.2022 r. wyjaśnieniach Wykonawca ECM lakonicznie wskazał, iż uwzględnił wszystkie wymagania OPZ i wystarczającym będzie zapewnienie lokalu o powierzchni 250 m², co jest niezgodne z warunkami zamówienia, gdyż zapewnienie biura o powierzchni 250 m² dla 57 osób świadczy o niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi szczegółowo w Opisie Przedmiotu Zamówienia – Tom 2.

Tożsamą argumentację Odwołujący podniósł w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty INKO z postępowania pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, z tą różnicą, że INKO w złożonych w dniu 8.11.2022 r wyjaśnieniach dotyczących elementów składowych ceny oferty oświadczył, iż na potrzeby realizacji kontraktu wystarczającym będzie wynajęcie lokalu o powierzchni 200m².

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty ECM z postępowania pomimo tego, że oferta ta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, Odwołujący ponownie podkreślił, że na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia Wykonawca będzie musiał zapewnić pomieszczenie o powierzchni co najmniej 350 m², zaś wykonawca ECM przyjął powierzchnię biura na poziomie 250 m².

Wykonawca ECM oświadczył również, iż po zbadaniu rynku nieruchomości, koszt wynajmu biura o wskazanym przez ECM metrażu został oszacowany w kwocie nie przekraczającej 8 000,00 zł netto miesięcznie. Należy więc przyjąć, że ECM przyjął górną granicę kosztu za wynajem lokalu na wskazanym w SWZ terenie na poziomie nie przekraczającym 32 zł/m² (8 000,00 zł/250m²). Na dowód powyższego dołączył jedną ofertę wynajmu lokalu biurowego, który z pewnością był pewnego rodzaju „okazją”. Oferta ta jest już nieaktualna, natomiast

średnia cena za wynajem lokalu w okolicy nie przekraczającej 5 km od lokalizacji wskazanej przez ECM wynosi nie 32 zł/m² a 63 zł/m².

Biorąc pod uwagę powyższe, ECM nie tylko nie doszacował minimalnej powierzchni niezbędnej do zapewnienia Biura Inżyniera, lecz także nie doszacował kosztu za wynajem takiego lokalu.

Uwzględniając zapisy OPZ, jak również aktualnie obowiązujące przepisy prawa, wynajem lokalu spełniającego wymagania kontraktu to co najmniej 350m². Przy założeniu średniej ceny za wynajem lokalu na poziomie 63 zł/m² wskazać należy, iż już samo wynajęcie pomieszczenia spełniającego minimalne wymagania Zamawiającego to koszt w wysokości 22 050,00 zł. Dodatkowo, doliczając do powyższego koszty eksploatacyjne związane z użytkowaniem biura, jak również koszty związane z zakupem materiałów biurowych, kawy, herbaty czy wody to kolejne 6 300,00 zł (350 m² x 18 zł). Łącznie, minimalna wartość na pokrycie kosztów związanych z zapewnieniem Biura Inżyniera wynosi więc 28 350,00 zł miesięcznie (wynajem lokalu użytkowego oraz pokrycie kosztów eksploatacyjnych). Wykonawca ECM nie doszacował więc tej pozycji o co najmniej 15 850,00 zł miesięcznie, co łącznie stanowi niedoszacowanie pozycji 1.1 Biuro Inżyniera o kwotę w wysokości 887 600,00 zł (56 miesięcy x 15 850,00 zł).

Zakładając nawet, iż jak twierdzi ECM, możliwym byłoby wynajęcie lokalu w okolicy wskazanej przez ECM w swoich wyjaśnieniach w kwocie nie przekraczającej 32 zł/m², z czym Odwołujący absolutnie się nie zgadza, to biorąc pod uwagę minimalne potrzeby lokalowe niezbędne do prawidłowej realizacji kontraktu koszt wynajmu takiego lokalu wyniósłby 11 200,00zł (32 zł x 350m²) + 6 300,00zł (pozostałe koszty:350 m² x 18 zł) = 17 500,00 zł miesięcznie, a więc nadal oferta Wykonawcy ECM byłaby niedoszacowana o co najmniej 5 000,00 zł miesięcznie, co stanowi łączne niedoszacowanie tej pozycji na poziomie 280 000,00 zł.

Odwołujący dodał również, że biorąc pod uwagę wielkość i złożoność zadania, Wykonawca ECM nie doszacował pozycji związanej z zapewnieniem środków transportu o co najmniej 5 samochodów, a więc o kwotę co najmniej 21 666,65 zł miesięcznie, co łącznie stanowi niedoszacowanie pozycji 1.2 Środki transportu Inżyniera Kontraktu o kwotę w wysokości 1 213 332,40 zł (56 miesięcy x 21 666,65 zł).

Odwołujący podkreślił także, że w złożonych przez ECM wyjaśnieniach dotyczących elementów składowych ceny z dnia 8.11.2022 r. w żadnym miejscu nie wskazano jaki poziom zysku założył Wykonawca w cenie złożonej przez siebie oferty.

Powyższe okoliczności zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że oferta Wykonawcy ECM jest w dużym stopniu niedoszacowana, nie uwzględnia wymagań warunków zamówienia ani

zysku, w związku z czym powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. Różnica między ceną oferty wykonawcy ECM, a kolejną ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu wynosi 6 681 376,73 zł, co świadczy o znacznym niedoszacowaniu ceny. Co więcej, różnica między ceną oferty ECM, a kolejną (trzecią w rankingu ofert) ofertą to aż 34 520 727,78 zł.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 9 stycznia 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajęł Zamawiający, uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutów 1-3 oraz wnosząc o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W zakresie nieuwzględnionym Zamawiający wskazał, w odniesieniu do zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawcy ECM, iż w przedmiotowym stanie faktycznym, zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy ECM z postępowania, którego dotyczy wyrok KIO 5/22 dopiero na skutek uwzględnienia przez KIO odwołania skierowanego przeciwko wyborowi oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Decyzja zamawiającego w tym przypadku stanowiła wykonanie wyroku KIO 5/22. W postępowaniu, którego dotyczy wyrok KIO 5/22 nie dokonano wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z uwagi na nieprzewidzenie tych podstaw wykluczenia w dokumentach zamówienia.

Jak wynika z powyższego, w dniu złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu nie istniała w stosunku do wykonawcy ECM podstawa do wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt. 5 i 6 ustawy Pzp.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zastosowanie art. 111 pkt 5 lub 6 ustawy Pzp, wymaga uprzedniego odrzucenia ofert przez zamawiającego z powodu spełnienia przesłanek, o których mowa, odpowiednio, w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Ścisła interpretacja przepisów o wykluczeniu musi doprowadzić bowiem do wniosku, że ustawodawca nie powiązał z zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp innych konsekwencji, niż odrzucenie oferty w danym postępowaniu, w którym została ona złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego przedmiotowy zarzut zasługuje na oddalenie.

Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający powołał się również na stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 29.11.2021 (KIO 3315/21), a także wyroku SO w Warszawie z dnia 5 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22.

Również w zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający przedstawił stosowną argumentację, wnosząc o ich oddalenie.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 9 stycznia 2023 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca INKO Consulting Sp. z o. o., dalej jako: „Przystępujący” wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący przedstawił analogiczne stanowisko jak w sprawie 3477/22.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W stosunku do każdego z wniesionych odwołań Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy PZP. Jednakże w sprawie o sygn. akt KIO 3466/22, w stosunku do zarzutu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez DTŚ jako tajemnica przedsiębiorstwa określonych dokumentów, zaktualizowała się przesłanka do jego odrzucenia na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP. Argumentacja w tym zakresie znajdzie się w dalszej części uzasadnienia.

Ponadto w każdej ze spraw Izba ustaliła, że Odwołujący posiadają interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawców:

- DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3466/22 po stronie zamawiającego,
- MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3477/22 po stronie odwołującego,
- INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3477/22, KIO 3490/22 po stronie zamawiającego,
- ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3490/22 po stronie zamawiającego.

Wszystkie przystąpienia wpłynęły w terminie i spełnione zostały pozostałe wymogi formalne związane z ich zgłoszeniem, a zatem należało uznać je za skuteczne i dopuścić ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ramach postępowania odwoławczego złożone zostały również następujące dowody, niebędące częścią dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

W sprawie 3477/22:

1. Dowody Odwołującego:

- a. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 listopada 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S. A. pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II”, Nr postępowania 9090/IREZA3/12950/03520/22/P
- b. Informacja o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania z dnia 7 kwietnia 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S. A. pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu: pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II”, Nr postępowania 9090/IREZA3/13974/03924/21/P

2. Dowody Zamawiającego:

- a. Odpis wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3180/22

3. Dowody Przystępującego INKO Consulting Sp. z o.o.

- a. Kserokopia dowodu wysłania pisma do Sądu Najwyższego za pośrednictwem Sądu Okręgowego w Warszawie dotyczącego sprawy o sygn. XXIII Zs 83/22

W sprawie 3490/22:

1. Dowody Odwołującego:

- a. Informacja o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania z dnia 7 kwietnia 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S. A. pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi

związanymi z przebudową mostu w Przemyśle, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu: pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II”, Nr postępowania 9090/IREZA3/13974/03924/21/P,

- b. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 868/22 (plik pdf z treścią odpowiadającą orzeczeniu, bez podpisów),
 - c. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1049/22 (plik pdf z treścią odpowiadającą orzeczeniu, bez podpisów),
 - d. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 listopada 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S. A. pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyśle, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II”, Nr postępowania 9090/IREZA3/12950/03520/22/P
 - e. Korespondencja e-mail pełnomocnika Odwołującego z sentencje@uzp.gov.pl dotycząca treści sentencji w wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 3180/22,
 - f. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r. o sygn. akt: KIO 5/22 (plik pdf z treścią odpowiadającą orzeczeniu, bez podpisów),
 - g. Zrzuty ekranu ze strony otodom.pl ukazujący oferty wynajmu przestrzeni biurowych
 - h. Kopia umowy o pracę z dnia 25.07.2011 r.
2. Dowody Przystępującego ECM Group Polska S. A.:
- a. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z postępowania prowadzonego przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. na usługę polegającą na świadczeniu usług inwestora zastępczego dla inwestycji pn.: „Budowa nowego budynku dla Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego Sp. z o.o. w Radomiu”,
3. Dowody Przystępującego INKO Consulting Sp. z o.o.
- a. Kserokopia dowodu wysłania pisma do Sądu Najwyższego za pośrednictwem Sądu Okręgowego w Warszawie dotyczącego sprawy o sygn. XXIII Zs 83/22

Wydając rozstrzygnięcia Izba oparła się jednak tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

Wskazać należy, że w sprawie 3466/22 w zakresie zarzutu nr 3 oraz w sprawie 3477/22 w zakresie zarzutu nr 2 zaistniały podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie tychże zarzutów.

W sprawie 3466/22 zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut, który dotyczył zaniechania odrzucenia oferty KOLMEN, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez KOLMEN i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca Firma Menadżersko – Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o. nie przystąpiła do postępowania odwoławczego, pomimo wystosowania w tym zakresie informacji przez Zamawiającego w dniu 28 grudnia 2022 r. Z tego względu uznać należy, że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 522 ust. 4 ustawy PZP i postępowanie w zakresie przedmiotowego zarzutu należało umorzyć.

W sprawie 3477/22 w trakcie posiedzenia pełnomocnik odwołującego ECM Group Polska S.A. oświadczył, że cofa przedmiotowy zarzut. Z tego względu, mając na uwadze treść art. 520 ustawy PZP, postępowanie odwoławcze w zakresie przedmiotowego zarzutu również należało umorzyć.

W sprawie 3477/22 oraz 3490/22 Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o., jednak w trakcie posiedzenia pełnomocnik wykonawcy złożył sprzeciw wobec uwzględnienia. Z tego względu zarzuty te były rozpatrywane merytorycznie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadania Inwestycyjnego pn. Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Warszawa Zachodnia – CPK – Łódź Niciarniana (bez odcinka w obrębie Węzła kolejowego CPK), w podziale na 2 Części (numer: 8/22/MZ/PZP/583/UW/IK/1). Zamówienie to stanowi zamówienie wykonawcze nr 1 do umowy ramowej (nr postępowania ramowego: 61/21/MZ/PZP/424).

Zaproszenie do udziału w postępowaniu wykonawczym nr 1 zostało przekazane 16 września 2022 r. wykonawcom będącym stroną zawartej umowy ramowej (nr URIK/1-20/KRI/22 zawarta 21 lipca 2022 r.) za pośrednictwem Platformy Zakupowej.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 17 października 2022 r. w zakresie części pierwszej wpłynęły 4 oferty. Na część drugą oferty złożyło 7 wykonawców.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszych ofert z dnia 15 grudnia 2022 r. w części pierwszej za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o., zaś w części drugiej ofertę wykonawcy DTŚ S.A.

KIO 3466/22

Zarzut nr 1:

W dniu 18 października 2022 r. Odwołujący złożył wniosek o wgląd do ofert w ramach części nr 2 przedmiotowego zamówienia.

W dniu 25 listopada 2022 r. Zamawiający poinformował m. in. Odwołującego i Przystępującego DTŚ S. A. oddzielnymi pismami o zakończeniu badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów, które składali oni w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający szczegółowo wskazał oraz uzasadnił, które z dokumentów jego zdaniem zostały zastrzeżone skutecznie, a w stosunku do których nie uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji w nich zawartych.

Następnie pismem z dnia 28 listopada 2022 r. pn. „ZAWIADOMIENIE O ZAKOŃCZENIU CZYNNOŚCI BADANIA WYJAŚNIEŃ RAŻĄCO NISKIEJ CENY POD KĄTEM ZASADNOŚCI ZASTRZEŻENIA TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA”, poinformował on wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym Odwołującego, że: „25 listopada 2022 r. zakończył czynność badania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny za realizację Zamówienia Wykonawczego nr 1 złożonych przez Wykonawców w zakresie części 2: Ayesa Polska Sp. z o. o., TPF Sp. z o. o., DTŚ S. A. pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. O powyższej czynności ww. Wykonawcy zostali poinformowani oddzielnym pismem.”

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że „po uprawomocnieniu się czynności odtajnienia dokumentów w zakresie w jakim Zamawiający nie uznał ich za skutecznie zastrzeżone, Zamawiający przekaże ujawnione informacje Wykonawcom wniosującym o udostępnienie korespondencji prowadzonej w ramach niniejszego postępowania.”

W dniu 16 grudnia 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wgląd do ofert i korespondencji w ramach części nr 2 przedmiotowego postępowania.

Zarzut nr 2:

W dniu 20 października 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę DTŚ S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP i w związku z tym zasadnym jest skierowanie przedmiotowego wezwania.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienie powinno wskazywać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia w szczególności:

- 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 3) cen rynkowych aktualnie stosowanych na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych przewidzianych w ofercie oraz wynikających z opisu przedmiotu zamówienia wraz z informacją o przyjętym poziomie rezerw związanych z wyceną ryzyk przypisanych do realizacji przedmiotu zamówienia;
- 4) wycenę prac podwykonawców ze wskazaniem w tym zakresie otrzymanych ofert dla pracy osób, sprzętu lub gotowych usług.

Zamawiający wyraźnie również wskazał, że złożone wyjaśnienia Wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje, w szczególności, gdy Wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny.

Pismem z dnia 8 listopada wykonawca DTŚ S. A. przedłożył stosowne wyjaśnienia i zastrzegł informacje zawarte w piśmie oraz jego załącznikach jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający częściowo nie uznał ww. zastrzeżenia, odtajnając niektóre dokumenty składające się na przedmiotowe wyjaśnienia.

KIO 3477/22 i 3490/22:

Zgodnie z zapisami rozdziału V Podstawy wykluczenia z Postępowania SWZ-W (SWZ dla umowy wykonawczej) Wykonawcy obowiązani byli złożyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu ze względu na podstawy wykluczenia określone w SWZ-R (SWZ dla umowy ramowej). W przypadku gdy doszło do zmiany informacji co do podstaw wykluczenia, podanych przez Wykonawcę na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej, i aktualnie Wykonawca podlega wykluczeniu, to może on przedstawić podjęte środki naprawcze zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale VII SWZ-R. W przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wobec wykonawcy na etapie postępowania w sprawie zawarcia

umowy wykonawczej, Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na podstawie i na zasadach wykluczenia określonych w SWZ-R, tj. Zamawiający wykluczy Wykonawców wobec których zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa między innymi w art. 109 ust. 1 pkt. 4-5 i 7-10 ustawy PZP (Rozdział V, pkt 4.3 SWZ-W).

W ramach postępowania dotyczącego zawarcia umowy ramowej wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. oraz ECM Group Polska S.A. złożyli wraz z ofertą oświadczenie JEDZ potwierdzające, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania. Następnie, w ramach postępowania dotyczącego zawarcia umowy wykonawczej, będącego przedmiotem prowadzonego postępowania odwoławczego, ci sami wykonawcy w pkt 15 formularza ofertowego potwierdzili, że w nawiązaniu do informacji złożonych na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej, w zakresie podstaw wykluczenia określonych w SWZ-R wykonawcy ci nie podlegają wykluczeniu.

W dniu 20 października 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ECM Group Polska S. A. do złożenia wyjaśnień ceny. W treści wezwania wskazał, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP i w związku z tym zasadnym jest skierowanie przedmiotowego wezwania.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienie powinno wskazywać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia w szczególności:

- 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 3) cen rynkowych aktualnie stosowanych na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych przewidzianych w ofercie oraz wynikających z opisu przedmiotu zamówienia wraz z informacją o przyjętym poziomie rezerw związanych z wyceną ryzyk przypisanych do realizacji przedmiotu zamówienia;
- 4) wycenę prac podwykonawców ze wskazaniem w tym zakresie otrzymanych ofert dla pracy osób, sprzętu lub gotowych usług.

Zamawiający wyraźnie również wskazał, że złożone wyjaśnienia Wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach

informacje, w szczególności, gdy Wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny.

Pismem z dnia 8 listopada wykonawca ECM Group Polska S.A. przedłożył stosowne wyjaśnienia i zastrzegł informacje zawarte w piśmie oraz jego załącznikach jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający częściowo nie uznał ww. zastrzeżenia, odtajnając niektóre dokumenty składające się na przedmiotowe wyjaśnienia.

W dniu 20 października 2022 r. do złożenia wyjaśnień w tożsamym zakresie wezwany został wykonawca INKO Consulting Sp. z o. o.

Pismem z dnia 8 listopada wykonawca INKO Consulting Sp. z o. o. przedłożył stosowne wyjaśnienia i zastrzegł informacje zawarte w piśmie oraz jego załącznikach jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający częściowo nie uznał ww. zastrzeżenia, odtajnając niektóre dokumenty składające się na przedmiotowe wyjaśnienia.

Zgodnie z punktem 2.2.1 oraz 2.2.5 Załącznika nr 1 do SWZ-W – Opis przedmiotu zamówienia Wykonawczego nr 1 (OPZ-W1), TOM 2 – Zarządzanie realizacją przedmiotu zamówienia:

2.2.1 „Personel Inżyniera Kontraktu powinien wykonywać swoje obowiązki w Biurze Inżyniera Kontraktu oraz na Terenie Budowy. Dopuszcza się, po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego, pracę poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (Kluczowi Eksperci i Inni Eksperci) poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy. Nie zwalnia to jednak weryfikatorów od uczestniczenia w spotkaniach związanych z realizacją Zamówienia Wykonawczego oraz od dokumentowania czasu pracy.”

Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie do SWZ nr 37:

Pytanie: „Tom 2 Zarządzanie realizację przedmiotu zamówienia. Rozdział 2.2.1 Prośba o dopuszczenie możliwości pracy zdalnej, poza weryfikatorami dokumentacji również dla innych członków Personelu Inżyniera (z wyłączeniem inspektorów nadzoru, geodetów, geologów, technologów). Ewentualnie z zastrzeżeniem, że praca ta będzie świadczona z innych jednostek zamiejscowych Inżyniera (innymi słowy z biura inżyniera znajdującego się w odległości większej niż 20 km od Terenu Budowy).”

Odpowiedź: „Zamawiający zmienia zapis z pkt. 2.2.1 Tom 2 OPZ-W1 na: Dopuszcza się, po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego, pracę:

- poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (Kluczowi Eksperti i Inni Eksperti),
- głównego specjalisty ds. rozliczeń (Kluczowi Eksperti),
- głównego specjalisty ds. roszczeń (Kluczowi Eksperti),
- koordynatora ds. BIM (Kluczowi Eksperti),
- specjalisty ds. roszczeń (Inni Eksperti),
- specjalisty ds. rozliczeń (Inni Eksperti),
- specjalisty ds. BIM (Inni Eksperti),
- specjalisty ds. planowania i kontroli projektu (Inni Eksperti),
- specjalisty ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami (Inni Eksperti),
- specjalisty ds. sprawozdawczości (Inni Eksperti),
- specjalista ds. kosztorysowania (Inni Eksperti),
- koordynator ds. zamknięć torowych,
- prawnik,

poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy. W uzasadnionych przypadkach Zamawiający może wyrazić zgodę na pracę poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy dla osób niewymienionych powyżej. Nie zwalnia to jednak Personelu Inżyniera Kontraktu od uczestniczenia w spotkaniach związanych z realizacją Zamówienia Wykonawczego oraz od dokumentowania czasu pracy. Zgoda Zamawiającego na pracę poza Biurem Inżyniera Kontraktu może zostać cofnięta bez podania przyczyn; w takim przypadku od pierwszego Dnia Roboczego pierwszego okresu rozliczeniowego (miesiąca) następującego bezpośrednio po miesiącu, w którym oświadczenie Zamawiającego o cofnięciu zgody zostało przekazane Inżynierowi Kontraktu, osoby, których dotyczy cofnięcie zgody będą wykonywały swoje obowiązki w pomieszczeniach Biura Inżyniera Kontakt. Powyższe nie zwalnia weryfikatorów od uczestniczenia w spotkaniach związanych z realizacją Zamówienia Wykonawczego oraz od dokumentowania czasu pracy.”

2.2.5 „Inżynier Kontraktu zobowiązany jest zapewnić (np. wynająć) oraz zorganizować, wyposażyć i utrzymywać, na własny koszt (tj. w ramach wynagrodzenia umownego) biuro na potrzeby wykonywania przez Personel Inżyniera Kontraktu oraz Personel Biurowy i Pomocniczy czynności związanych z realizacją Przedmiotu Zamówienia.

Biuro Inżyniera Kontraktu będzie zlokalizowane w pobliżu Terenu Budowy, w odległości nie większej niż 20 km od Terenu Budowy, chyba że Zamawiający oraz Inżynier Kontraktu ustalą inną odległość. Inżynier Kontraktu powinien dążyć do tego, by Biuro Inżyniera Kontraktu było zlokalizowane w miejscu zapewniającym optymalną dostępność do całej długości Grupy Odcinków Realizacyjnych objętą obsługą w ramach danej Części.”

„Inżynier Kontraktu zapewni, że Biuro Inżyniera Kontraktu osiągnie pełną wymaganą funkcjonalność w terminie 14 dni od dnia rozpoczęcia wykonywania Zadania 5 i będzie ona utrzymywana przez cały okres realizacji Zamówienia.

Biuro Inżyniera Kontraktu będzie odpowiadać wymaganiom:

- 1) Prawa Budowlanego;
- 2) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie;
- 3) Kodeksu Pracy;
- 4) Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy;
- 5) Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe;
- 6) Innym, właściwym przepisom prawa, w tym niezbędnym do zachowania aktualnie wymaganych standardów higieniczno-sanitarnych (COVID-19).”.

Zgodnie z punktem 10.12 projektu umowy wykonawczej, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ- W, Inżynier Kontraktu oświadcza, że:

„w stawkach Wynagrodzenia Zmiennego uwzględnił wszelkie czynności i wszelkie koszty opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty pracy, np. – związane z zaangażowaniem Personelu Inżyniera Kontraktu w realizację Przedmiotu Zamówienia, z zastrzeżeniem pkt 10.12(2),

(2) w stawce Wynagrodzenia Stałego, o której mowa w pkt 10.3(3) uwzględnił wszelkie czynności i składniki oraz wszelkie koszty, opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty, w tym koszty pracy, np. – niezbędne do wykonania obowiązków wynikających z pkt 21, w szczególności obowiązków w zakresie przeniesienia majątkowych praw autorskich, przeniesienia wyłącznego prawa do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich, udzielenia wszelkich upoważnień (w tym upoważnienia do wykonywania autorskich praw osobistych w imieniu twórców), zaciągnięcia wszelkich zobowiązań (w tym zobowiązania do niewykonywania autorskich praw osobistych), udzielenia wszelkich licencji etc.,

(3) w stawkach Wynagrodzenia Stałego uwzględnił wszelkie czynności i składniki oraz wszelkie koszty, opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty, w tym koszty pracy, np. – niezbędne do zapewnienia Biura Inżyniera Kontraktu, środków transportu Inżyniera Kontaktu, Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego, oprogramowania komputerowego, Biura Zamawiającego oraz do należytego wykonania Umowy w pełnym zakresie nieobjętym Wynagrodzeniem Zmiennym oraz wynagrodzeniem, o który mowa w pkt 10.12(2),

– przy czym czynności i koszty opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty pracy, np., o których mowa w pkt 10.12(1)-10.12(3) obejmują wszelkie czynności oraz koszty, opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty pracy, np. niezbędne do realizacji Umowy w sposób należyty, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, przepisami prawa oraz najlepszymi praktykami rynkowymi i konieczne do osiągnięcia celu, któremu Umowa służy.”

Izba zważyła, co następuje:

3466/22:

Zarzut nr 1:

Izba w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez Zamawiającego uznając, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 określone w art. 528 pkt 3 ustawy PZP.

Istotne dla stwierdzenia powyższego są okoliczności faktyczne jakie zaistniały w sprawie.

W dniu 25 listopada 2022 r. Zamawiający poinformował indywidualnymi pismami wykonawców INKO Consulting Sp. z o.o., ECM Group Polska S.A. (część 1 postępowania)

oraz Ayesa Polska Sp. z o.o., TPF Sp. z o.o. i DTŚ S.A. Sp. z o.o. (część 2 postępowania) o zakończeniu czynności badania złożonych przez nich wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie w dniu 28 listopada 2022 r. stosowna informacja w tym zakresie przekazana została do każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że datą zakończenia czynności był dzień 25 listopada 2022 r. oraz, że po uprawomocnieniu się czynności odtajnienia dokumentów w zakresie w jakim Zamawiający nie uznał ich za skutecznie zastrzeżone, Zamawiający przekaże ujawnione informacje Wykonawcom wnioskującym o udostępnienie korespondencji prowadzonej w ramach niniejszego postępowania.

Z tego względu należy uznać, że od dnia 25 listopada 2022 r. należy liczyć termin na wniesienie środków ochrony prawnej wobec odtajnienia przez Zamawiającego określonych dokumentów, przez wykonawców, którzy ewentualnie z taką czynnością by się nie zgadzali, a których to odtajnienie dotyczyło. Z kolei po upływie tego terminu, każdy z pozostałych wykonawców mógł złożyć wniosek i uzyskać dostęp do odtajnionych dokumentów. O tym, że informacja przekazana przez Zamawiającego była jasna i nie budziła wątpliwości wykonawców świadczy chociażby fakt, że wykonawca MGGP S.A. w dniu 6 grudnia 2022 r. (a więc w pierwszym dniu po upływie terminu na kwestionowanie czynności odtajnienia) złożył stosowny wniosek i w dniu 9 grudnia otrzymał wnioskowane dokumenty.

Z powyższych względów należy uznać, że w sprawie znajdzie zastosowanie przepis art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym, odwołanie na zaniechanie odtajnienia określonych dokumentów powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od dnia w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Nie ulega wątpliwości, że przy zachowaniu należytej staranności, Odwołujący mógł złożyć wniosek o udostępnienie stosownej korespondencji już 6 grudnia 2022 r. Następnie od dnia jej otrzymania rozpocząłby się bieg 10-dniowego terminu na zaniechanie odtajnienia dokumentacji w pozostałym zakresie. Jako wzorzec należytej staranności w tym zakresie można przyjąć opisane wyżej zachowanie wykonawcy MGGP S.A., który składając stosowny wniosek 6 grudnia 2022 r., otrzymał wnioskowane dokumenty 9 grudnia 2022 r.

Odwołujący składając wniosek dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. 16 grudnia 2022 r., wyraźnie nie dochował należytej staranności i obecnie nie można przyjąć poglądu, że odwołanie z dnia 27 grudnia złożone zostało w terminie, gdyż de facto prowadziłyby to do

jego przywrócenia. Z tego względu należy uznać, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 należało odrzucić, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Na marginesie jedynie Izba pragnie zauważyć, że czynności Zamawiającego były zgodne z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy PZP. Izba w tym zakresie podziela stanowisko zaprezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 25 maja 2022 r., zgodnie z którym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim. Oferta w znaczeniu wąskim to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego). W zamówieniach publicznych przyjmuje się, że jest to oświadczenie wykonawcy o zakresie świadczenia i jego cenie, zawarte w formularzu ofertowym. Jednak w zamówieniach publicznych przyjęto koncepcję oferty sensu largo – „to wszystkie oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę”. W konsekwencji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien ujawnić wykonawcom w takim trybie, jak ofertę, a nie jak inne załączniki do protokołu postępowania (sygn. akt: KIO 1191/22).

Zarzut nr 2:

W rozpatrywanej sprawie niespornym jest, że zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, obligujące Zamawiającego do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny.

W przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny lub kosztu, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena lub koszt nie zostały ustalone na rażąco niskim poziomie. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne (tak: KIO w wyroku z dnia 5 kwietnia 2022 r., KIO 769/22).

W następnej kolejności należy zwrócić uwagę, że złożone wyjaśnienia należy rozpatrywać przez pryzmat treści wystosowanego wezwania. Innymi słowy nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany.

Co również istotne, nie jest zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia.

Obowiązkiem Izby jest natomiast ocena, czy Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia.

Przechodząc zatem od powyższych ogólnych uwag na grunt analizowanej sprawy, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, w którym Zamawiający wymagał wyjaśnienia kosztów pracy (punkt 1 wezwania), zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (punkt 2 wezwania), cen rynkowych aktualnie stosowanych na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych przewidzianych w ofercie oraz wynikających z opisu przedmiotu zamówienia wraz z informacją o przyjętym poziomie rezerw związanych z wyceną ryzyk przypisanych do realizacji przedmiotu zamówienia (punkt 3 wezwania) oraz wyceny prac podwykonawców ze wskazaniem w tym zakresie otrzymanych ofert dla pracy osób, sprzętu lub gotowych usług (punkt 4 wezwania).

W wyjaśnieniach z dnia 8 listopada 2022 r. Przystępujący w szczegółach odniósł się do każdego z elementów wezwania Zamawiającego oraz przedstawił dowody na poparcie przedstawionych kalkulacji.

Zdaniem Izby, przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami były na tyle wyczerpujące, że zamawiający miał prawo stwierdzić wypełnienie przez przystępującego obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz dowodów do nich załączonych, a także uwzględniając stanowiska przedstawione w toku postępowania odwoławczego stwierdziła, że stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz poparcie poszczególnych elementów wyjaśnień dowodami nie pozwalają na stwierdzenie, że wyjaśnienia Przystępującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w stopniu pozwalającym na odrzucenie oferty.

Dlatego też nie ma mowy o tym, że Zamawiający błędnie ocenił przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia.

Odnosząc się w szczególności do podnoszonych przez Odwołującego argumentów w zakresie kwestionowanych cen jednostkowych, Izba pragnie zauważyć, co następuje: Po pierwsze z dokumentacji postępowania nie wynika, by Zamawiający przewidywał jakiegokolwiek wymagania w zakresie minimalnej powierzchni biura inżyniera. Zamawiający określił wymagania, jakie ma spełniać biuro, jednak nigdzie nie jest wskazane, że ma ono mieć jakąś minimalną powierzchnię.

Po drugie Odwołujący czyni błędne założenia odnośnie liczby osób, która łącznie będzie przebywać w biurze. W tym zakresie wskazać należy, że:

1. po pierwsze z punktu 2.2.1 załącznika nr 1 do SWZ tj. OPZ Tom 2 wynika, że *„dopuszcza się, po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego, pracę poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (Kluczowi Eksperci i Inni Eksperci) poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy.”*
2. Po drugie, w odpowiedzi na pytanie nr 37 do SWZ Zamawiający zmienił OPZ w ten sposób, że dopuścił po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego, pracę poszczególnych ekspertów poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy.

Nie jest zatem uprawnionym twierdzenie, że łącznie w biurze będzie przebywać aż 52 osoby i na tej podstawie wyliczanie minimalnej powierzchni biura, jaka musi zostać zapewniona, by spełnić wymagania wynikające z odrębnych przepisów, na które wskazuje OPZ. Argumenty Odwołującego w tym zakresie są całkowicie nietrafione.

W zakresie kosztów wymaganego ubezpieczenia oraz kosztów gwarancji Izba przychyliła się do stanowiska przystępującego DTŚ S.A. Zamawiający w formularzy cenowym nie przewidział odrębnej pozycji, która odnosiła się do ww. kosztów. Z tego względu oferenci musieli je skalkulować w poszczególnych pozycjach formularza. Uwzględniając zatem kalkulację Przystępującego, w tym poczynione rezerwy, np. rezerwę na poziomie 26% w kosztach stałych dla zamówienia podstawowego, nie można stwierdzić, że Zamawiający błędnie ocenił złożone przez niego wyjaśnienia, a tym samym, że wykonawca nie przewidział poniesienia kosztów zapewnienia wymaganego ubezpieczenia oraz gwarancji należytego wykonania umowy.

Z kolei w odniesieniu do niezbędnych środków transportu Izba pragnie wskazać, że głównym argumentem Odwołującego w sprawie jest to, że Przystępujący przyjął zbyt małą liczbę samochodów, które służyć będą do transportowania personelu inżyniera. Wskazać jednak należy, że dokumentacja postępowania nie formułuje w tym zakresie żadnych wymagań. Z OPZ Tom 1 pkt 4.14 wynika jedynie, że inżynier zobowiązany jest do „zapewnienia Personelowi wszelkich warunków i środków, w tym Biura Inżyniera Kontraktu, sprzętu oraz środków transportu i łączności wymaganych do wykonywania obowiązków Inżyniera Kontraktu wynikających z danej Umowy Wykonawczej.” Nie sposób jednak wywodzić z ww. zapisu, że jakaś minimalna liczba pojazdów jest wymagana. Co więcej, rację ma Przystępujący, że nie musiały to być nawet samochody.

Z powyższego wynika, że to zadaniem oferentów było oszacowanie, jaka jest niezbędna liczba środków transportu. Co istotne, zdaje się, że Odwołujący zakłada, iż ponad 50 osób wchodzących w skład personelu inżyniera będzie musiała jednocześnie korzystać z ww. samochodów by przeprowadzać inspekcje. W tym zakresie Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Przystępującego, że po pierwsze: inwestycja będzie przebiegała etapami. Po drugie, niektóre kategorie personelu nie będą w ogóle korzystać z zapewnionych środków transportu. Dodatkowo, z żadnego zapisu SWZ nie wynika, że kontrole mają odbywać się codziennie czy też w tym samym momencie. Z punktu 4.7 OPZ Tom 1 wynika jedynie, że prowadzone inspekcje mają charakter stały. Dopuszczalne będzie zatem, tak jak wskazywał Przystępujący, prowadzenie inspekcji w sposób rotacyjny, w różnych godzinach, przez różne osoby.

Odwołujący ponownie powołuje się na swoje założenia w zakresie liczby niezbędnych samochodów, w sytuacji gdy dokumentacja postępowania nie formułuje w tym zakresie żadnych wymagań, a założenia pozostałych wykonawców mogą być inne. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że oferenci mogli założyć tylko jeden prawidłowy sposób realizacji tej części świadczenia, a każdy inny sposób ich realizacji jest błędny.

Wskazać należy, że Odwołujący przedstawiając argumentację odnośnie poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez przystępującego przedstawił ją w oparciu o własne założenia i własną kalkulację, która nie przystaje do założeń Przystępującego. Oferta przystępującego została sporządzona w oparciu o inne założenia, według własnej metody Przystępującego. Zgodzić w tym zakresie należy się z argumentacją Zamawiającego oraz Przystępującego, że przedstawianych przez Odwołującego kalkulacji nie można traktować jako jedyne obiektywnego dowodu słusznej kalkulacji kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. Kalkulacja ta oparta jest o pewne założenia Odwołującego natomiast założenia Przystępującego mogą być inne. Pomimo rozbieżności obu założeń, nie oznacza to, że te które zostały przyjęte przez Przystępującego nie pozwalają na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Podsumowując, Izba pragnie dodatkowo wskazać, że rażąco niski charakter musi dotyczyć ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty, a głównie na takiej hipotezie opiera się właśnie argumentacja Odwołującego (tak: wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2022 r., KIO 766/22).

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

3477/22:

Zarzut nr 1:

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na istotne okoliczności faktyczne dotyczące wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o., odnoszące się zwłaszcza do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których wykonawca ten był wykluczony decyzją Zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1320/20 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wykluczenie wykonawcy INKO Consulting Sp. z o. o. oraz Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna z postępowania prowadzonego przez PKP PLK S.A. pn. Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POLiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice -Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo” dla zadania inwestycyjnego pn.: LOT A - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) - Nakło Śląskie (km 29,000)”, znak sprawy: IREZA4/1c-216-04/2019, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 poprzednio obowiązującej ustawy PZP.

Powodem wykluczenia wykonawcy było wprowadzenie zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawieniu informacji, że ww. wykonawcy spełniają warunek udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających wpływ na ocenę oferty (art. 24 ust. 1 pkt 17).

Następnie decyzją z dnia 7 kwietnia 2022 r. zamawiający PKP PLK S.A. wykluczył z postępowania oraz odrzucił ofertę wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. oraz MP Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Podstawą wykluczenia było to, że w dniu 8 września 2021 r. wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. w dokumencie JEDZ oświadczył, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, podczas gdy skutek wyroku o sygn. akt KIO 1320/20 wykonawca ten został wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16

poprzednio obowiązującej ustawy PZP. Zamawiający w decyzji wskazał, że informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego będące podstawą wykluczenia zostały wskazane w złożonych dokumentach przez INKO w dniu 11.03.2020 r. i 16.04.2020 r. Skoro zatem zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy PZP wykluczenie wykonawcy następuje przez okres dwóch lat licząc od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, wykluczenie jest zasadne.

Należy nadmienić, że decyzja zamawiającego PKP PLK S.A. z 7 kwietnia 2022 r. została podjęta na skutek uwzględnienia wniesionego odwołania. Wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. miał status przystępującego po stronie zamawiającego w prowadzonym postępowaniu odwoławczym, jednak nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania (postanowienie KIO z dnia 14 kwietnia 2022 r. o umorzeniu postępowania odwoławczego, KIO 868/22).

Następnie wobec czynności z dnia 7 kwietnia 2022 r. wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. i MP Consulting Sp. z o.o. wnieśli odwołanie, które postanowieniem z dnia 27 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 1049/22 zostało odrzucone. Podstawą odrzucenia odwołania był art. 527 i art. 528 pkt 5 ustawy PZP.

Decyzją z dnia 22 listopada 2022 r. zamawiający PKP PLK S.A. ponownie wykluczył z postępowania oraz odrzucił ofertę wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. W uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał, że w dniu 9 sierpnia 2022 r. wykonawca ten w dokumencie JEDZ zaznaczył, iż nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji. W uzasadnieniu decyzji zamawiający powołał się m. in. na decyzję z dnia 7 kwietnia 2022 r., a także na okoliczności związane z wyrokiem KIO 1320/20.

Na czynność zamawiającego z dnia 22 listopada 2022 r. wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. wniósł odwołanie, które wyrokiem z dnia 15 grudnia 2022 r. zostało oddalone (sygn. akt: KIO 3180/22).

W międzyczasie w stosunku do wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. toczyło się również inne postępowanie odwoławcze, które dotyczyło postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 1 i odcinek 2”, Numer referencyjny: GDDKiA.O.BY.D-3.2410.5.2021.15. Wniesionym w ramach tego postępowania odwołaniem kwestionowano zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum INKO z postępowania na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy PZP w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, co zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1320/20.

Powyższe odwołanie zostało oddalone, a zasadniczym powodem jego oddalenia był argument Izby, że *ustawa z 2004 r. (nie obowiązująca dla tej sprawy) nie przewidywała sankcji wykluczenia na przyszłość, a jedynie skutki celowego wprowadzenia w błąd dotyczyły konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to powoduje, że Konsorcjum INKO w przedmiotowym postępowaniu miało prawo złożyć oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w wymaganym zakresie, że nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* (wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 866/22 i 886/22).

Podsumowując powyższe ustalenia faktyczne należy wskazać, że zasadniczo w sprawie kluczowe znaczenie mają dwie okoliczności. Pierwszą z nich jest wydanie wyroku o sygn. akt KIO 1320/20, w którym Izba nakazała wykluczenie wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawieniu informacji, że ww. wykonawcy spełniają warunek udziału w postępowaniu.

Drugą okolicznością jest zaznaczenie przez wykonawcę INKO Consulting Sp. z o.o. w dniu 8 września 2021 r. w dokumencie JEDZ, w ramach postępowania prowadzonego przez PKP PLK S.A., że wykonawca ten nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, co stanowiło podstawę do wykluczenia i odrzucenia jego oferty decyzją zamawiającego PKP PLK S.A. z dnia 7 kwietnia 2022 r. Decyzja ta uprawomocniła się z uwagi na brak sprzeciwu przystępującego INKO Consulting Sp. z o.o. wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygnaturą 868/22.

Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca INKO został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP decyzją PKP PLK S.A. z dnia 7 kwietnia 2022 r., dla której podstawą było wprowadzenie w błąd poprzez podanie informacji w dokumencie JEDZ 8 września 2021 r. i decyzja ta jest prawomocna. Okoliczności uzasadniające wydanie tejże decyzji odwołują się z kolei do stanu faktycznego sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygnaturą KIO 1320/20.

Tym właśnie różni się obecna sytuacja INKO, od sytuacji opisywanej w wyroku w sprawach połączonych prowadzonych pod sygn. akt KIO 866/22 i 886/22. W tamtej bowiem sprawie wobec tego wykonawcy nie zapadła jeszcze prawomocna decyzja o jego wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Natomiast wobec decyzji PKP PLK S.A. z dnia 7 kwietnia 2022 r., dla której podstawą było podanie określonych informacji w JEDZ dnia 8 września 2021 r. należy uznać, że zaistniało nowe zdarzenie i od daty 08.09.2021 r. biegnie zakaz ubiegania się o zamówienie wynikający z art. 111 pkt 5 ustawy PZP. Powyższe skutkuje w aktualnym postępowaniu wykluczeniem INKO z udziału w nim i odrzuceniem jego oferty.

Izba podziela w tym zakresie argumenty zaprezentowane przez skład orzekający w wyroku z dnia 15 grudnia 2022 r. (sygn. akt KIO 3180/22), że zakaz ubiegania się o zamówienie biegnie od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, czyli zdarzenia pierwotnego, za które należy uznać dzień 8 września 2021 r., tj. dzień, w którym wykonawca INKO w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S.A. przedłożył informacje wprowadzające w błąd, będące następnie podstawą do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty prawomocną decyzją zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2022 r.

Skoro zatem zaistniało zdarzenie (podanie określonych informacji w JEDZ 8 września 2021 r.) będące podstawą do wykluczenia (prawomocna decyzja PKP PLK S.A. z 7 kwietnia 2022 r.), to nieuprawnionym jest obecnie twierdzenie wykonawcy INKO Consulting Sp. z o. o., że nie miał on obowiązku ujawnienia w JEDZ stosownych informacji.

W tym zakresie Izba w pełni podziela argumentację prezentowaną przez Odwołującego, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, INKO winno w składanym oświadczeniu na temat podstaw wykluczenia zaznaczyć odpowiedź, że podlega wykluczeniu i ewentualnie wskazać na działania naprawcze, czego nie uczyniła. Zamawiający w sposób jednoznaczny w SWZ-W w rozdziale V wskazywał na tę okoliczność. Brak podania jakichkolwiek informacji przez INKO w tym zakresie, nawet jeżeli nie zgadzała się z dokonanymi wykluczeniami, spowodował że Zamawiający został pozbawiony szansy oceny, czy wobec tego wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia. W sposób oczywisty, INKO zataiła te informacje, co spowodowało, że Zamawiający dokonał wyboru tej oferty.

Nawet w sytuacji, gdy wykonawca nie zgadza się z wcześniejszymi wykluczeniami i kwestionuje podstawy wykluczenia, jest on zobowiązany do przedstawienia rzetelnych informacji na temat wcześniejszych zdarzeń, gdyż to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to do niego należy ocena, czy faktycznie zaistniały przesłanki wykluczenia,

czy też nie. Powyższe zapatrywanie ma również poparcie w orzecznictwie np.: wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., KIO 659/20, wyrok z dnia 14 marca 2022 r., KIO 375/22.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawca INKO, będąc świadomym wykluczenia oraz odrzucenia jego oferty decyzją PKP PLK S.A. w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zataił te informacje i nie przedstawił ich w stosownej rubryce JEDZ, a tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, co prowadzi do wniosku, że zachodzą przesłanki do wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

KIO 3490/22:

Zarzuty 1-3:

W zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu 1-3 argumentacja Izby jest tożsama jak w sprawie 3477/22 w zakresie zarzutu nr 1.

Zarzuty 4-6:

Zdaniem Izby odwołanie w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wskazać w pierwszej kolejności należy, iż podstawę do wykluczenia wykonawcy ECM Group Polska S.A. Odwołujący wywodzi z faktu wydania przez KIO wyroku o sygn. KIO 5/22, w którym to wyroku stwierdzono, iż wykonawca ECM wprowadził w błąd innego zamawiającego, tj. Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. w zakresie informacji stanowiącej podstawę oceny w ramach kryteriów oceny ofert. W przedmiotowym stanie faktycznym, zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy ECM z postępowania pn. „Budowa nowego budynku dla Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego Sp. z o.o. w Radomiu” dopiero na skutek uwzględnienia przez KIO odwołania skierowanego przeciwko wyborowi oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Decyzja zamawiającego w tym przypadku stanowiła wykonanie wyroku KIO 5/22. Wskazać przy tym należy, że podstawą prawną decyzji o odrzuceniu wykonawcy ECM stanowił art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, tj. złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Następnie wskazać należy, że w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 5/22 Izba nie badała zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP, gdyż Zamawiający zastosowania tych fakultatywnych przesłanek w ogóle nie przewidywał. Z tego względu nie można uznać, że pewne ustalenia faktyczne jakie znalazły się w uzasadnieniu ww. wyroku, stanowiące wystarczającą przyczynę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, wypełniłyby również normę art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP. Zarzuty odwołania postawione w tejże sprawie nie dotyczyły bowiem tych przepisów.

Wskazać również należy za wyrokiem z dnia 23 czerwca 2022 r., KIO 1457/22, że jeżeli w toku danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do wydania decyzji stwierdzającej zaistnienie przesłanek, które uzasadniałyby wykluczenie danego wykonawcy z postępowania, to żaden z zamawiających prowadzących przyszłe postępowania, nie ma już kompetencji do badania czy wystąpienie tych przesłanek faktycznie w tym postępowaniu (historycznym) miało miejsce czy też nie.

Z tego względu uznać należy, że nie jest możliwym na obecnym etapie przesądzenie czy w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. faktycznie zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP. Co więcej, nawet sam zamawiający w tamtym postępowaniu takich okoliczności nie mógł stwierdzić, gdyż nie przewidział ww. podstaw wykluczenia z postępowania. Obiektywnie zatem rzecz biorąc, nie było uprzednio jak też nie ma obecnie żadnych podstaw, by badać zaistniałe na tle postępowania prowadzonego przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. okoliczności pod kątem podstaw do wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP.

Następnie należy wskazać, że art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP może znaleźć zastosowanie jedynie wtedy, gdy w danym (historycznym) postępowaniu zamawiający podjął prawomocną decyzję o odrzuceniu oferty z powodu zaistnienia jednej z przesłanek wykluczenia objętych treścią ww. przepisów. Jeśli natomiast tego nie zrobił, w kolejnych postępowaniach żaden z zamawiających nie będzie miał już takiego uprawnienia (tak też w odniesieniu do art. 111 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP SO w Warszawie w wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r. XXIII Zs 21/22).

Skoro zatem w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. nie doszło do wydania decyzji o wykluczeniu wykonawcy ECM z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10, to nie ma możliwości zastosowania art. 111 pkt 5 i 6

ustawy PZP, brak jest bowiem zdarzenia, które następnie stanowiłoby podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zarzut nr 7:

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii zapewnienia odpowiedniego biura inżyniera kontraktu, Izba w tym zakresie w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez Zamawiającego. Po pierwsze z punktu 2.2.5 OPZ Tom 2, nie wynika by biuro inżyniera kontaktu miało wymaganą minimalną powierzchnię. W postanowieniu tym jest jedynie mowa, że wykonawca „zobowiązany jest zapewnić (np. wynająć) oraz zorganizować, wyposażyć i utrzymywać, na własny koszt (tj. w ramach wynagrodzenia umownego) biuro na potrzeby wykonywania przez Personel Inżyniera Kontraktu oraz Personel Biurowy i Pomocniczy czynności związanych z realizacją Przedmiotu Zamówienia”.

Po drugie nieuzasadnionym jest twierdzenie, że koniecznym jest zapewnienie biura, w którym jednocześnie będzie przebywać 57 osób (czy też 46 osób przy uwzględnieniu punktu 2.2.1 OPZ). Słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na odpowiedź na pytanie nr 37, w której wskazano, że: *Zamawiający zmienia zapis z pkt. 2.2.1 Tom 2 OPZ-W1 na: Dopuszcza się, po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego, pracę: poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (Kluczowi Eksperti i Inni Eksperti), głównego specjalisty ds. rozliczeń (Kluczowi Eksperti), głównego specjalisty ds. roszczeń (Kluczowi Eksperti), koordynatora ds. BIM (Kluczowi Eksperti), specjalisty ds. roszczeń (Inni Eksperti), specjalisty ds. rozliczeń (Inni Eksperti), specjalisty ds. BIM (Inni Eksperti), specjalisty ds. planowania i kontroli projektu (Inni Eksperti), specjalisty ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami (Inni Eksperti), specjalisty ds. sprawozdawczości (Inni Eksperti), specjalista ds. kosztorysowania (Inni Eksperti), koordynator ds. zamknięć torowych, prawnik, poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy. W uzasadnionych przypadkach Zamawiający może wyrazić zgodę na pracę poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy dla osób nie wymienionych powyżej.*

Zgodnie z powyższym, Zamawiający wprost dopuścił wykonywanie czynności poza biurem inżyniera kontraktu poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (łącznie 11 osób) oraz 12 innych osób wymienionych w wyżej cytowanej odpowiedzi na pytanie. Stosownie do ww. odpowiedzi, obowiązek pracy w biurze nie dotyczy zatem 23 osób spośród personelu.

Z tego względu założenia Odwołującego co do powierzchni biura czy też liczby osób, jaka w jednym momencie ma w tym biurze przebywać, są całkowicie chybione.

Odnosząc się natomiast do kwestii przesunięć w ramach formularza ofertowego, niespornym jest, że wzór formularza cenowego stanowiący załącznik nr 4 do SWZ-W nie uwzględnia pozycji do skalkulowania np. kosztów gwarancji należytego wykonania czy ubezpieczenia, na które powoływał się wykonawca ECM w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Próżno we wzorze szukać również pozycji dla skalkulowania np. kosztów ogólnych czy rezerw na koszty nieujęte w formularzu. Z tego względu wykonawca w zasadzie nie miał innego wyjścia niż pewne koszty skalkulować w formie rezerwy rozproszonej w innych pozycjach formularza. Dodatkowo, jak wskazywał Zamawiający, dokumentacja postępowania nie przesądza do jakich kategorii kosztów zaliczyć koszty gwarancji należytego wykonania czy ubezpieczenia. Nie jest to tak oczywiste jak próbuje wskazywać Odwołujący. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że dla działu 1 formularza cenowego (wynagrodzenie stałe) Zamawiający określił limit 30% wartości wynagrodzenia podstawowego. Dlatego kalkulowanie w jego ramach jakichkolwiek innych dodatkowych kosztów, które nie zostały przewidziane w pozycjach formularza, było dodatkowo utrudnione.

Wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem dotyczącym odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta (tak wyrok KIO z dnia 7 lipca 2022 r., KIO 1603/22).

W niniejszej sprawie naruszenia sugerowane przez Odwołującego zdecydowanie nie mają jednoznacznego charakteru i nie są oczywiste. Na podstawie punktu 10.12 projektu umowy nie można bez wątpliwości stwierdzić do której kategorii kosztów należałoby zaliczyć koszty gwarancji należytego wykonania czy ubezpieczenia. Już z tego względu nie jest możliwym uwzględnienie przedmiotowego zarzutu.

Zarzut nr 8:

W zakresie zarzutu nr 8, tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty INKO pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał zapewnienia odpowiedniego Biura Inżyniera Kontraktu, skład

orzekający przyjmuje argumentację tożsamą jak w zakresie zarzutu nr 7 dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A. z tego samego powodu.

Zarzut nr 9:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że w zakresie przedmiotowego zarzutu aktualne pozostają ogólne uwagi dotyczące zagadnienia badania rażąco niskiej ceny oferty poczynione w ramach rozważań dotyczących zarzutu nr 2 w sprawie o sygn. akt KIO 3466/22.

W wyjaśnieniach z dnia 8 listopada 2022 r. Przystępujący w szczegółach odniósł się do każdego z elementów wezwania Zamawiającego oraz przedstawił dowody na poparcie przedstawionych kalkulacji.

Zdaniem Izby, przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami były na tyle wyczerpujące, że zamawiający miał prawo stwierdzić wypełnienie przez przystępującego obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz dowodów do nich załączonych, a także uwzględniając stanowiska przedstawione w toku postępowania odwoławczego stwierdziła, że stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz poparcie poszczególnych elementów wyjaśnień dowodami nie pozwalają na stwierdzenie, że wyjaśnienia Przystępującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w stopniu pozwalającym na odrzucenie oferty.

Dlatego też nie ma mowy o tym, że Zamawiający błędnie ocenił przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia.

Odnosząc się w szczególności do podnoszonych przez Odwołującego argumentów w zakresie kwestionowanych cen jednostkowych, Izba pragnie zauważyć, co następuje: Po pierwsze z dokumentacji postępowania nie wynika, by Zamawiający przewidywał jakiegokolwiek wymagania w zakresie minimalnej powierzchni biura inżyniera. Zamawiający określił wymagania, jakie ma spełniać biuro, jednak nigdzie nie jest wskazane, że ma ono mieć jakąś minimalną powierzchnię.

Po drugie Odwołujący czyni błędne założenia odnośnie liczby osób, która łącznie będzie przebywać w biurze. W tym zakresie wskazać należy, że:

1. po pierwsze z punktu 2.2.1 załącznika nr 1 do SWZ tj. OPZ Tom 2 wynika, że *„dopuszcza się, po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego,*

pracę poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (Kluczowi Eksperci i Inni Eksperci) poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy.”

2. Po drugie, w odpowiedzi na pytanie nr 37 do SWZ Zamawiający zmienił OPZ w ten sposób, że dopuścił po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego, pracę poszczególnych ekspertów poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy.

Nie jest zatem uprawnionym twierdzenie, że wykonawca będzie musiał bezwzględnie zapewnić pomieszczenia biurowe przeznaczone do pracy dla co najmniej 46 osób z uwzględnieniem ewentualnej możliwości pracy dodatkowych 11 osób. Z tego powodu także założenia Odwołującego dotyczące kosztów wynajmu powierzchni biurowej oparte są na błędnym zrozumieniu dokumentacji postępowania, a zatem nie zasługują na uwzględnienie.

Wskazać zatem należy, że niemal cała argumentacja Odwołującego w tym zakresie opiera się na jego subiektywnych założeniach odnośnie wymaganej minimalnej powierzchni biurowej. Nie można również uznać założeń Odwołującego w zakresie kosztu wynajmu biura za jedyne prawidłowe założenia. Wykonawca ECM Group Polska S.A. wykazał złożonymi dowodami zasadność kalkulacji ceny oferty w związku z zapewnieniem Biura Inżyniera, a Izba nie znajduje argumentów by te dowody kwestionować. Argumentów takich nie przedstawia również Odwołujący opierając się na swoich założeniach i kalkulacjach, które nie muszą przystawać do założeń i kalkulacji innych oferentów.

W odniesieniu do kosztów transportu wskazać należy, że Odwołujący ponownie powołuje się na swoje założenia w zakresie liczby niezbędnych samochodów, w sytuacji gdy dokumentacja postępowania nie formułuje w tym zakresie żadnych wymagań, a założenia innych wykonawców mogą być inne. Nie jest tak, że oferenci mogli założyć tylko jeden prawidłowy sposób realizacji tej części świadczenia.

Głównym argumentem Odwołującego jest to, że Wykonawca ECM nie doszacował pozycji związanej z zapewnieniem środków transportu o co najmniej 5 samochodów, a więc o kwotę co najmniej 21 666,65 zł miesięcznie. Podkreślić jednak należy ponownie, że dokumentacja postępowania nie formułowała w tym zakresie żadnych wymogów. Wykonawcom pozostawiona została swoboda w skalkulowaniu i oszacowaniu zasobów niezbędnych do realizacji tej części zamówienia.

Wskazać należy, że każdy z wykonawców kalkuluje koszty w sposób charakterystyczny i wyłączny dla tego wykonawcy. Nie wszystkie koszty mają tożsamy charakter z innymi wykonawcami, co pozwala wykonawcy na zindywidualizowane podejście do realizacji zamówienia. To samo dotyczy zakładanej ilości środków transportu na potrzeby realizacji

zamówienia. To, że zdaniem Odwołującego niezbędne będzie 8 samochodów nie oznacza, że przy użyciu trzech aut nie będzie możliwym prawidłowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił wystarczających argumentów by zarzuty przez niego formułowane uwzględnić.

Dodatkowo należy podkreślić, że Odwołujący przedstawiając argumentację odnośnie poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez przystępującego przedstawił ją w oparciu o własne założenia i własną kalkulację, która nie przystaje do założeń Przystępującego. Oferta przystępującego została sporządzona w oparciu o inne założenia, według własnej metody Przystępującego. Przedstawianych przez Odwołującego kalkulacji nie można traktować jako jedynego obiektywnego dowodu słusznej kalkulacji kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. Kalkulacja ta oparta jest o pewne założenia Odwołującego natomiast założenia Przystępującego mogą być inne. Pomimo rozbieżności obu założeń, nie oznacza to, że te które zostały przyjęte przez Przystępującego nie pozwalają na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Podsumowując, Izba pragnie dodatkowo wskazać, że rażąco niski charakter musi dotyczyć ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty, a głównie na takiej hipotezie opiera się właśnie argumentacja Odwołującego (tak: wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2022 r., KIO 766/22).

W zakresie uwzględnienia w kalkulacji zysku, Izba przyjęła w pełni argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Dokonując proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonej przez odwołującego Izba wzięła pod uwagę, że za potwierdzony uznać należało również zarzut nr 10. Został on sformułowany jako samodzielny zarzut i jego zasadność jest konsekwencją uznania za potwierdzone zarzutów z punktu 1-3 odwołania. Z tego względu należało go wziąć pod uwagę przy rozdzieleniu kwoty wpisu.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....