

**WYROK**

**z dnia 17 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 14 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **INFRA – CENTRUM DORADZTWA SP. Z O.O., ul. Leszno 14, 01-192 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym zarzutu nr 2 i 4 oraz nakazuje Zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
  - b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. § K. Sp. j. z siedzibą w Poznaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących jego faktycznego udziału przy realizacji zamówień wskazanych w wykazie usług oraz przedłożenia stosownych dowodów, z których wynika zakres wykonanych usług
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego INFRA – CENTRUM DORADZTWA SP. Z O.O. z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i zamawiającego Województwo Podlaskie z siedzibą w Białymstoku w części 1/2 i:
  - 3.1. 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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.

**Przewodnicząca:** .....

**Sygn. akt KIO 924/23**

**UZASADNIENIE:**

Województwo Podlaskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Aktualizacja Planu zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego Województwa Podlaskiego”, nr postępowania: BZP.272.1.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 stycznia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/ S 018-050408.

W postępowaniu tym wykonawca INFRA - CENTRUM DORADZTWA SP. Z O.O. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 3 kwietnia 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie:

1. niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: spółkę pod firmą Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu, wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy Poznań – Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000076027, NIP: 7820025681 (dalej jako: „Wykonawca”);
2. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP, pomimo niewykazania spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu;
3. ewentualnie (wobec pkt 2 powyżej) zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazanych w Wykazie Usług obydwu projektów referencyjnych;
4. zaniechania wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
5. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy PZP).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału

w Postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonania co najmniej 2 usług polegających na opracowaniu studium komunikacyjnego lub studium transportowego (lub opracowań równoważnych z wymienionymi, czyli takich na które składały się elementy studium komunikacyjnego lub transportowego, tj. minimum: diagnoza stanu istniejącego systemu transportowego, określenie kierunków działań w zakresie rozwoju infrastruktury i transportu zbiorowego), w ramach, których realizowane były badania ankietowe zachowań transportowych i budowa/aktualizacja modelu ruchu;

2. ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rzeczywistego posiadania doświadczenia w samodzielnej realizacji projektów wykazanych przez Wykonawcę w referencji: . tj. (1) projekcie p.n. "Regionalny Plan Transportowy dla Województwa Śląskiego" wraz z przeprowadzeniem Strategicznej Oceny Oddziaływania na Środowisko oraz wykonaniem analiz diagnostyczno-prognostycznych w zakresie funkcjonowania regionalnego systemu transportu, realizowanego na zamówienie Województwa Śląskiego oraz (2) projektu p.n. "Wykonanie Studium Transportowego Subregionu Centralnego Województwa Śląskiego" (dalej: łącznie zwane "Projektami Referencyjnymi") — mimo, iż oba Projekty Referencyjne były realizowane w ramach konsorcjum zawartym przez Wykonawcę ze spółką (1) PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz (2) PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (lider konsorcjum) wraz ze spółką International Management Services sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (partner konsorcjum), ewentualnie potwierdzenia prawdziwości oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w tym zakresie w kontekście treści złożonej referencji (w sytuacji nie uwzględnienia zarzutu z pkt 1 powyżej),
3. art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, w sytuacji, gdy cena całkowita oferty złożonej przez tego Wykonawcę jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od "towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych.
4. art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem przepisów ustawy PZP o których mowa w powyższych zarzutach).

Wobec tak postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie badania oferty Wykonawcy z uwzględnieniem zarzutów niniejszego odwołania.

W konsekwencji dokonania tych czynności Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP tj. w wyniku uznania, że oferta Wykonawcy nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu,
2. nakazanie Zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Ewentualnie, w przypadku nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt 1 przedmiotowego odwołania tj. uznania, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. wezwania Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie realizacji wskazanych w Wykazie Usług Projektów Referencyjnych, a w przypadku braku przekonującego wyjaśnienia wezwanie do uzupełnienia wykazu innymi projektami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę, a w przypadku nieuzupełnienia wykazu — odrzucenie oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP;
2. wezwania Wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a w przypadku nie udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie lub jeżeli złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie będą uzasadniały podanej w ofercie ceny lub kosztu odrzucenie oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 2 ppkt 4) SWZ, Zamawiający uzna za spełniony warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej: jeśli wykonawca wykaże, że:

- a) w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi polegające na opracowaniu studium komunikacyjnego lub studium transportowego (lub opracowań równoważnych z wymienionymi, czyli takich na które składały się elementy studium komunikacyjnego lub transportowego, tj. minimum: diagnoza stanu istniejącego

systemu transportowego, określenie kierunków działań w zakresie rozwoju infrastruktury i transportu zbiorowego), w ramach, których realizowane były badania ankietowe zachowań transportowych i budowa/aktualizacja modelu ruchu.

Jednocześnie w odniesieniu do powyższego warunku, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli będzie go spełniał samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z pkt 3 Rozdziału VII SWZ, jeżeli wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte w ramach umowy realizowanej przez konsorcjum, Zamawiający nie dopuszcza by wykonawca polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu prac. Zamawiający zastrzega możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie faktycznie wykonanego zakresu prac oraz przedstawienia stosownych dowodów, z których wynika zakres wykonanych prac.

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 3 ppkt 4) SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych m.in. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wzór wykazu usług stanowi Załącznik nr 7 do SWZ.

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

**Ad zarzut z pkt 1 — naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem potwierdzającym zdolność techniczną i zawodową wykonawcy.**

Tak jak wskazano powyżej, zgodnie z Rozdziałem VII SWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale VIII SWZ, oraz spełniali określone przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu. Jednym z wymogów przytoczonych wyżej, określonych przez Zamawiającego w SWZ, był warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej (tj. doświadczenie w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonania co najmniej 2 usług polegających na opracowaniu studium komunikacyjnego lub studium transportowego (lub opracowań równoważnych z wymienionymi, czyli takich na które składały się elementy studium komunikacyjnego lub transportowego, tj. minimum: diagnozy stanu istniejącego systemu transportowego, określenia kierunków działań w zakresie rozwoju infrastruktury i transportu zbiorowego), w ramach, których realizowane były badania ankietowe zachowań transportowych i budowa/aktualizacja modelu ruchu).

Zamawiający formując SWZ, zastrzegł również, że w przypadku, gdy wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte w ramach umowy realizowanej przez konsorcjum, Zamawiający nie dopuszcza by wykonawca polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu prac. Zamawiający zastrzegł również możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie faktycznie wykonanego zakresu prac oraz przedstawienia stosownych dowodów, z których wynika zakres wykonanych prac.

W przedmiotowej sprawie, Wykonawca udostępniając dokumenty w ramach Postępowania, przedstawił dwie referencje związane z realizacją (1) „Regionalnego Planu Transportowego dla Województwa Śląskiego” wraz z przeprowadzeniem Strategicznej Oceny Oddziaływania na Środowisko oraz wykonaniem analiz diagnostyczno – prognostycznych w zakresie funkcjonowania regionalnego systemu transportu, realizowanego na zamówienie Województwa Śląskiego oraz (2) „Wykonania Studium Transportowego Subregionu Centralnego Województwa Śląskiego” (dalej jako: „Projekty Referencyjne”), które były realizowane przez Wykonawcę w ramach konsorcjum zawartego przez Wykonawcę ze spółką (1) PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz (2) PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (lider konsorcjum) wraz ze spółką International Management Services sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (partner konsorcjum).

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zgodnie z jego wiedzą udział Wykonawcy w realizacji przedstawionych przez niego Projektów Referencyjnych był mniejszościowy.

Pozostała i jednocześnie większa część ww. projektów przypadła do realizacji (1) drugiemu członkowi konsorcjum — tj. spółce pod firmą PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz (2) spółce PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (lider konsorcjum) wraz ze spółką International Management Services sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Tak więc bez wątpienia Wykonawca nie nabył w ramach realizacji Projektów Referencyjnych doświadczenia w zakresie wymaganego w SWZ przez Zamawiającego — wykonania (min. dwóch usług) pełnego zakresu studium komunikacyjnego lub studium transportowego, a więc nie miał prawa do dysponowania tym doświadczeniem w pełnym zakresie podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok KIO z 26.05.2017 r., KIO 905/17, KIO 925/17 i KIO 933/17; wyrok KIO z 8.03.2018 r., KIO 341/18; wyrok KIO z 21.12.2018 r., KIO 2534/18; wyrok KIO z 2.11.2017 r., KIO 2007/17 i KIO 2014/17).

**Ad zarzut z pkt 2 — naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rzeczywistego posiadania doświadczenia w samodzielnej realizacji Projektów Referencyjnego mimo, iż przedmiotowe projekty realizowane były w ramach konsorcjum ze spółką (1) PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz (2) PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (lider konsorcjum) wraz ze spółką International Management Services sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (partner konsorcjum), ewentualnie potwierdzenia prawdziwości oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w tym zakresie w kontekście treści złożonych przez niego referencji (w razie nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1).**

Tak jak już podnoszono, Zamawiający zawarł w pkt 3 Rozdziału VII SWZ zastrzeżenie zgodnie z którym, jeżeli wykonawca wykazał doświadczenie nabyte w ramach umowy realizowanej przez konsorcjum, Zamawiający nie dopuszczał, by wykonawca ten polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu prac. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie faktycznie wykonanego zakresu prac oraz przedstawienia stosownych dowodów, z których wynika zakres wykonanych prac.

Mając na uwadze, iż Wykonawca, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą posłużył się referencjami nabytymi przy wykonaniu Projektów Referencyjnych w ramach konsorcjum, Zamawiający winien był zwrócić się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie faktycznego zakresu prac oraz przedstawienia w tym zakresie stosownych dowodów, w celu potwierdzenia faktycznego udziału w realizacji istotnej części obu Projektów Referencyjnych, co pozwoliłoby na uznanie, że udział



Wykonawcy był rzeczywisty i na tyle istotny, że przystępujący mógł skutecznie powoływać się na tak zdobyte doświadczenie.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż Zamawiający dokonując analizy przedstawionych przez Wykonawcę referencji dotyczących Projektów Referencyjnych, winien był powziąć wątpliwość w zakresie rzeczywistego udziału Zamawiającego w realizacji przedmiotowych projektów oraz zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Co istotne, w przypadku braku złożenia przekonującego wyjaśnienia przez Wykonawcę, Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę do uzupełnienia wykazu innymi projektami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, a kolejno, w przypadku nieuzupełnienia wykazu — Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy.

**Ad. zarzut z pkt. 3 — naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, w sytuacji, gdy cena całkowita oferty złożonej przez tego Wykonawcę jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.**

Wskazać należy, że zgodnie z protokołem z Postępowania, Zamawiający w dniu 16 grudnia 2022 r. ustalił, na podstawie średniej wyliczonej z ofert składanych w innych województwach, wartość zamówienia na kwotę 628.487, 80 zł. netto. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 20 stycznia 2023 r. Termin składania oraz otwarcia ofert upływał w dniu 21 lutego 2023 r.

Jednocześnie Zamawiający — zgodnie z informacją zamieszczoną w pkt. 12 protokołu Postępowania, przed otwarciem ofert, przekazał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę: 1.400.000,00 zł brutto.

Podsumowując, z uwagi na fakt, iż oferta cenowa złożona przez Wykonawcę jest aż o 50,95% niższa od kwoty jaką Zamawiający zamierza ostatecznie przeznaczyć na realizację zamówienia, Zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości w zakresie przedstawionej oferty cenowej. Co za tym idzie Zamawiający powinien był wdrożyć procedurę wyjaśnień zgodnie z przepisami art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP.

**Ad. zarzut z pkt 4 — naruszenie art. 16 ustawy PZP poprzez przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.**

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 ustawy PZP Odwołujący podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega zasadom i regułom określonym w ustawie PZP. W rozdziale 2 ustawy PZP (obejmującym kluczowe zasady dot. udzielania zamówień publicznych) wyrażono idee i kształt przyjętego przez ustawodawcę modelu postępowania w zakresie zamówień publicznych.

Nadrzędna zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażona w art. 16 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. za zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Charakter ogólny tej zasady został skonkretyzowany w przepisach nakładających na Zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości. Wśród tych przepisów należy wyróżnić przepisy nakładające na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia czynności badania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wezwania do ich wyjaśnień ewentualnie uzupełnienia, a w razie ich niespełniania, wykluczenia wykonawcy i niedopuszczenia jego oferty do dalszego konkurowania, oraz uznania za odrzuconą oferty wykonawcy wykluczonego.

A zatem, Zamawiający przeprowadzając Postępowanie powinien był dokonać dokładnej analizy ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast Odwołujący miał prawo spodziewać się, że Zamawiający kreując warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, będzie wymagał od wszystkich wykonawców takiego właśnie doświadczenia i je odpowiednio weryfikował.

W wyniku ww. nieprawidłowości Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, zaniechał wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, wybrał ofertę Wykonawcy pomimo przedstawienia referencji co do których należało powziąć wątpliwości, a w konsekwencji zamierza udzielić zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy PZP.

W złożonej pismem z 13 kwietnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normami.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

### **Odnosnie zarzutu 1 i 2**

Wykonawca już na etapie składania oferty złożył wstępne oświadczenie (JEDZ) o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Nie powoływał się również na zasoby innych podmiotów, co mogło zostać zadeklarowane jedynie na etapie składania ofert.

Wykonawca z najkorzystniejszą ofertą został wezwany w dniu 27.02.2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykaz usług oraz dowody w postaci referencji na potwierdzenie należytego wykonania tych usług. W wykazie usług (załącznik nr 7 do SWZ) wykonawca przedstawił 2 usługi polegające na wykonaniu: „Regionalnego Planu Transportowego dla Województwa Śląskiego wraz z przeprowadzeniem Strategicznej Oceny Oddziaływania na Środowisko oraz wykonaniem analiz diagnostyczno-prognostycznych w zakresie funkcjonowania regionalnego systemu transportu” oraz „Wykonanie Studium Transportowego Subregionu Centralnego Województwa Śląskiego”. W wykazie tych usług wykonawca oświadczył, że dokument zawiera diagnozę stanu istniejącego systemu transportowego, określa kierunki działań w zakresie rozwoju infrastruktury i transportu zbiorowego, potwierdził, że na potrzeby wykonania dokumentu- realizowane były badania ankietowe zachowań transportowych i budowa/aktualizacja modelu ruchu. W samym wykazie wykonawca oświadczył również, że wykonał te usługi sam, nie polegając na zdolnościach innego wykonawcy. Wykonawca załączył referencje potwierdzające należyte ich wykonanie.

Z Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy wynika, iż co do zasady referencje przedstawione przez wykonawcę określać mają, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, a nie służą ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Błędne i nieuzasadnione jest przyjęcie, że treść referencji powinna powielać informacje żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu sporządzonego według wzoru nr 7 do SWZ, a referencje mają za zadanie potwierdzić jedynie prawidłowość wykonanej usługi referencyjnej.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Dalej, Zamawiający podkreślił, że informacje zawarte we wszystkich dokumentach złożonych w postępowaniu przez wykonawcę, tj. w ofercie, wstępnym oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (JEDZ), w podmiotowych środkach dowodowych zamawiający oceniał łącznie. Zamawiający uwzględnił również brak oświadczenia Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. o poleganiu na zasobach innych podmiotów. Zamawiający nie miał zatem wątpliwości, że wykonawca pomimo wykonania usług wskazanych w wykazie, w ramach konsorcjum, nabył odpowiednie doświadczenie zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu określonym w SWZ.

### **Odniesienie zarzutu 3**

Zamawiający wskazał, że kluczową dla niniejszej sprawy wartością jest szacunkowa wartość zamówienia, ustalona z należytą starannością, powiększona o należny podatek od towarów i usług i to w stosunku do niej Zamawiający dokonywał oceny złożonych ofert.

Dalej, Zamawiający wskazał, że kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest, a przynajmniej nie musi być tożsama z ustaloną przez zamawiającego wartością zamówienia na podstawie art. 28 pzp, która to stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców. Wskazana przez zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wiąże go w ten sposób, że stanowi odniesienie dla stwierdzenia, czy istnieją podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 pzp (...). Przepisy ustawy pzp nie nakazują, aby kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia była tożsama z ustaloną wartością szacunkową zamówienia. W sprawie niniejszej kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia została określona i ogłoszona przez Zamawiającego w wysokości 1 400 000 zł, natomiast wartość „szacunkowa” na kwotę brutto 723 039,99 zł. Zatem brak było podstaw aby odnosić podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty Biura Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie aktualizował wartości szacunkowej zamówienia. Kluczową zatem dla Zamawiającego wartością była szacunkowa wartość zamówienia, ustalona z należytą starannością, powiększona o należny podatek od towarów i usług i to w stosunku do niej dokonywał oceny złożonych ofert.

Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2013 r., KIO 2181/13.

### **Zarzut nr 4**

Zarzut odwołania naruszenia art. 16 ustawy prawo zamówień publicznych, ma charakter wtórny, wynikowy i jest konsekwencją błędnego przyjęcia o powinności dokonania czynności odrzucenia oferty, ewentualnie składania wyjaśnień w zakresie posiadania

wskazywanego doświadczenia i składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy Biura Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. Dotychczasowy przebieg postępowania, utrwalony przez Zamawiającego, potwierdza, że prowadził on postępowanie zgodnie z zasadami zamówień publicznych, w tym zgodnie z art. 16 pzp.

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie był, w świetle obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązany do podjęcia czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, czy idąc dalej odrzucenia oferty wykonawcy Biura Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk wyrażonych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie. Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami;
2. oferty wykonawcy Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu
3. wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych wraz z odpowiedzią wskazanego powyżej wykonawcy

Zarzut wskazany jako nr 1 w petitum odwołania, tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp oraz zarzut nr 3, tj. naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę rangę instytucji odrzucenia oferty i konsekwencje, jakie może przynieść jej nieprawidłowe zastosowanie, zamawiający obowiązany jest przykładać należytą staranność i rzetelność w jej stosowaniu. Zamawiający nie może podjąć decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie zarzut nr 1 jest przedwczesny. Zamawiający w pierwszej kolejności obowiązany jest wezwać wykonawcę Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących jego faktycznego udziału przy realizacji zamówień wskazanych w wykazie usług oraz przedłożenia stosownych dowodów, z których wynika zakres wykonanych usług. Dalej, w sytuacji niepotwierdzenia w wyjaśnieniach spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający obowiązany jest wezwać do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Dopiero po wykonaniu wskazanych czynności Zamawiający mógłby podjąć decyzję o ewentualnym odrzuceniu oferty tego wykonawcy.

Dlatego też Izba stwierdziła, że na obecnym etapie postępowania nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu.

Z uwagi na powyższe, Izba rozpoznała zarzut ewentualny wskazany jako zarzut nr 2. Izba uznała, że zarzut ten wraz z powiązaniem z nim zarzut nr 4 zasługuje na uwzględnienie.

Celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Co za tym idzie doświadczenie wykonawcy stanowi istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej. Dzięki temu zamawiający jest w stanie sprawdzić predyspozycje wykonawców do wykonania zamówienia.

W orzecznictwie przyjmuje się, że wykonawca nie nabywa doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców, bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład. Realne doświadczenie nabywa poprzez bezpośredni udział w realizacji chociażby jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana była grupa wykonawców.

Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez każdego z jego uczestników. A zatem w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Odnosząc się do załącznika nr 7 do SWZ, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego jakoby z treści tego załącznika wynika, że wybrany wykonawca wykonał sam wskazane w wykazie usługi. Z wykazu tego wynika jedynie, że wykonawca ten nie polegał na zasobach innego podmiotu.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego wyrażonymi w odpowiedzi na odwołanie, że „wykonawca pomimo wykonania usług wskazanych w wykazie, w ramach konsorcjum, nabył odpowiednie doświadczenie”. Powyższe nie wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Nadto, Zamawiający wyraźnie wskazał w SWZ (str. 7), że nie dopuszcza by wykonawca polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu prac. Dziwi zatem stanowisko Zamawiającego, który bez dokonania jakiegokolwiek weryfikacji zakresu prac jaki został wykonany przez wykonawcę Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu w ramach konsorcjum, twierdzi że wykonawca ten nabył odpowiednie doświadczenie. W ocenie Izby takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę.

Biorąc powyższe pod uwagę w przedmiotowej sprawie istnieją podstawy do skierowania do wykonawcy Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu, w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących jego faktycznego udziału przy realizacji zamówień wskazanych w wykazie usług oraz przedłożenia stosownych dowodów, z których wynika zakres wykonanych usług.

Niejako na marginesie, Odwołujący w zarzucie nr 2 wskazał naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień. Przepis ten dotyczy wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Z kolei do wezwania do złożenia wyjaśnień zastosowanie znajduje art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że z treści zarzutu, wniosków, uzasadnienia jasno wynika, że Odwołujący oczekuje (w razie uwzględnienia zarzutu nr 2) wezwania wykonawcy Biuro Inżynierii Transportu Pracownie Projektowe C. & K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rzeczywistego posiadania doświadczenia. Powyższe pozwoliło Izbie do dokonania samodzielnej subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod określoną

normę prawną.

Odnosząc się do zarzutu nr 3, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Przepis ten odnosi się do wartości zamówienia a nie do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wartość szacunkowa zamówienia jest czym innym niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Najczęściej kwota podawana przed otwarciem ofert odpowiada szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jednak kwota ta może odbiegać od tej wartości. Oznacza to, że może być ona wyższa lub niższa od wartości zamówienia, gdyż odpowiada ona faktycznym możliwościom zamawiającego co do sfinansowania zamówienia. Izba podziela stanowisko Zamawiającego w tym zakresie. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1), ust.3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wydając postanowienie o kosztach Izba miała na uwadze, że Odwołujący poniósł koszty z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł 00 gr oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....